

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE
MOGROVEJO**

ESCUELA DE DERECHO



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN EN EL
DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AYMEE ESMERALDA ARTEAGA LOZADA

Chiclayo, 5 junio de 2018

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL PARA
DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR
CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO**

PRESENTADO POR:

ARTEAGA LOZADA AYMEE ESMERALDA

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para optar el Título de

Abogado

APROBADO POR:

Mtra. Ramos Soto Caceres Gladys Yolanda Patricia
Presidente del Jurado

Abog. Igor Eduardo Zapata Velez
Secretario del Jurado

Mtro. Manuel Jesús Fernando Bulnes Tello
Vocal del Jurado

CHICLAYO, 2018

DEDICATORIA

*A mi hija Almudena, a mi madre
por su amor, apoyo y ejemplo de
superación.*

AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios por haberme dado la vida, la voluntad de estudiar, por darme la fuerza y fe para poder culminar la presente investigación. Gracias a mi asesor el Dr. Manuel Bulnes quien me ha orientado, apoyado y corregido desinteresadamente en mi labor científica a fin de poder culminar la presente investigación.

RESUMEN

En el Perú la familia y el matrimonio son institutos naturales y fundamentales de la sociedad, por ende, el Estado siempre velará por que se mantenga en el tiempo, pero actualmente se evidencia un aumento por no decir excesivo de divorcios, esto por diferentes causales, lográndose finalmente la disolución del vínculo matrimonial. Es por ello que una de las causales de divorcio es por separación de hecho, esto se puede dar cuando ha pasado dos años si no tienen hijos, pero si los tuvieran a los cuatro años.

Respecto de la causal de separación de hecho para que se disuelva el divorcio, el juez debe evidenciar quién es el cónyuge más perjudicado y por ende determinar una indemnización, aplicando para ello solo la discrecionalidad de acuerdo al grado de perjuicio; sin embargo, en la investigación realizada se propone que para dicha indemnización debe aplicarse en base a los elementos de la responsabilidad civil extracontractual

Para esta investigación se tiene como objetivo general que, la teoría de la responsabilidad civil extracontractual debe aplicarse en los casos de indemnización en el divorcio por separación de hecho, frente a la posición estrictamente objetiva de obligación en el III Pleno Casatorio Civil. Se ha utilizado el método descriptivo explicativo, así como el análisis de sentencias, obteniendo con ello conclusiones, recomendaciones y la propuesta respectiva.

Palabras Clave: Indemnización, Responsabilidad Civil, Divorcio, Daño

ABSTRACT

In Peru, the family and marriage are natural and fundamental institutes of society, therefore the State will always ensure that it is maintained over time, but now there is evidence of an increase, not to say excessive divorces, for different reasons, achieving finally the dissolution of the marriage bond. That is why one of the causes of divorce is due to separation of fact, this can occur when two years have passed if they do not have children, but if they had four years.

Regarding the grounds for de facto separation so that the divorce is dissolved, the judge must show who is the most injured spouse and therefore determine compensation, applying only the discretion according to the degree of damage; However, in the investigation carried out, it is proposed that for said compensation it should be applied based on the elements of non-contractual civil liability

For this research has as a general objective that, the theory of extra contractual civil liability should be applied in cases of compensation in the divorce by de facto separation, as opposed to the strictly objective position of obligation in the III Civil Casatorio Plenary. The explanatory descriptive method has been used, as well as the analysis of sentences, obtaining conclusions, recommendations and the respective proposal.

Keywords: Compensation, Civil Liability, Divorce, Damage

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
ÍNDICE.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	X
CAPÍTULO 1.....	12
1. <i>La Familia</i>	12
1.1. Etimología.....	12
1.2. Concepto.....	13
1.2. <i>El Matrimonio</i>	17
1.2.1. Etimología.....	17
1.2.2. Definición.....	17
1.3. <i>El Divorcio</i>	19
1.3.1. Causales de Divorcio.....	25
1.3.1.1. <i>El Adulterio</i>	26
1.3.1.2. <i>La violencia física o psicológica</i>	26
1.3.1.3. <i>El atentado contra la vida del cónyuge</i>	27
1.3.1.4. <i>La injuria grave</i>	27
1.3.1.5. <i>El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años</i>	28
1.3.1.6. <i>La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común</i>	28
1.3.1.7. <i>El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenos o de sustancias que pueden generar toxicomanía</i>	29
1.3.1.8. <i>La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio</i>	30

1.3.1.9. <i>La homosexualidad sobreviniente al matrimonio</i>	32
1.3.1.10. <i>La condena privativa de la libertad por más de dos años, puesta por delito doloso, después de la celebración del matrimonio</i>	33
1.3.1.11. <i>La imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial</i>	33
1.3.1.12. <i>La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad</i>	36
1.3.1.13. <i>La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio</i>	39
1.4. <i>La separación de hecho</i>	40
1.4.1. <i>Incorporación legislativa</i>	40
1.4.2. <i>La separación de hecho</i>	41
CAPÍTULO 2	45
2.1. <i>Responsabilidad Civil</i>	45
2.1.1. <i>Etimología</i>	45
2.1.2. <i>Aspectos preliminares</i>	46
2.1.3. <i>Elementos</i>	47
2.1.4. <i>Funciones</i>	51
2.2. <i>El daño</i>	53
2.2.1. <i>Clases de daño</i>	54
2.2.2. <i>Daño Moral</i>	58
2.2.3. <i>Daño Moral y patrimonio</i>	62
2.3. <i>La teoría de la responsabilidad civil extracontractual</i>	64
2.4. <i>Elementos de la responsabilidad civil por el divorcio</i>	69
2.4.1. <i>La conducta antijurídica</i>	69
2.4.2. <i>El daño</i>	69

2.4.2.1 Clase de daño resarcible (patrimonial o extrapatrimonial)	69
2.4.2.2 Extensión del daño resarcible	78
2.4.3. Relación de causalidad	80
2.4.4. Factor de atribución: Culpa Grave	80
2.5. <i>La indemnización en la separación de hecho</i>	81
2.5.1. Indemnización por causa inculpatória.....	83
2.5.2. Indemnización por causa no inculpatória.....	84
2.6. <i>La indemnización en la separación de hecho de acuerdo a lo indicado por el III Pleno Casatorio Civil</i>	86
2.6.1. Naturaleza jurídica de la indemnización por separación de hecho.....	87
2.6.2. Los parámetros que se deben aplicar para determinar una indemnización o adjudicación de bienes	89
CAPÍTULO 3	92
3.1. ANÁLISIS	92
3.2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.....	100
3.3. PROPUESTA.....	114
CONCLUSIONES	116
RECOMENDACIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	119

INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada **“LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL PARA DETERMINAR LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO”**, es un tema de gran relevancia en nuestra sociedad, por lo cual la presente investigación se basará en un análisis doctrinario, jurídico, y jurisprudencial, así como el análisis de sentencias del Primer Juzgado de Familia de Chiclayo, que nos servirán de base para cumplir con los objetivos propuestos.

La presente investigación se encuentra dividida en 3 títulos como a continuación se detalla:

El Capítulo I y II denominado Marco Teórico, trataremos todo lo relacionado a los siguientes puntos: la familia, el matrimonio, el divorcio y sus causales, la separación de hecho en el sentido de su incorporación legislativa, asimismo respecto a la responsabilidad civil indicando los elementos que la configura, otro punto de análisis respecto al daño, así como los elementos de la responsabilidad civil por el divorcio, y la indemnización en la separación de hecho, esto último respecto a que el III Pleno Casatorio ha determinado que dicha indemnización es una obligación legal, sin embargo diferentes autores determinan lo contrario.

El Capítulo III trata sobre la sistematización de la información en donde se analizará los diferentes fundamentos de autores nacionales y extranjeros, respecto a la naturaleza jurídica de la indemnización aunado a ello lo determinado por el III Pleno Casatorio Civil, respecto a los parámetros que se deben tomar en cuenta los juzgadores al momento de emitir sentencia.

De igual forma se analizará sentencias emitidas por el Primer Juzgado de Familia de la provincia de Chiclayo, en la cual se describirá los fundamentos que ha aplicado el

juzgador, y su respectivo análisis, es decir el cumplimiento de los parámetros dispuestos por la Corte Suprema y si dicha indemnización es acorde a la gravedad del daño del cónyuge más perjudicado.

La autora

CAPÍTULO 1

1. La Familia

1.1. Etimología

Corral¹ nos explica que: según su teoría, la palabra “familia” provendría del sánscrito: de los vocablos *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa). De acuerdo a esta posición, “familia”, en un principio, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa, vale decir, el patrimonio.

Una segunda postura señala que el término tendría su cuna en la lengua osca. Pero aquí las opiniones se dividen: para unos, familia vendría del vocablo *famel* o *fames* que quiere decir “hambre”; la conexión entre ambas palabras residiría en que en el seno de la familia se satisface esa primera necesidad. Para otros, en cambio, el origen se encontraría en el término *famulus* con el cual se designaba a los que moraban con el señor de la casa y particularmente a los esclavos.

Algunos autores, además, vinculan el vocable *famulus* con el verbo osco *faamat* que significa “habitar” y sostienen que éste, a su vez, provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación). Familia significaría, pues, en sus orígenes, el hogar, comprendido por la mujer, los hijos y los esclavos domésticos (por oposición a los rurales).

Ante estas explicaciones etimológicas tan poco determinantes, sólo se concluye de forma precaria que el vocablo familia, al parecer, fue forjado tomando como base la casa o sede física donde residían ciertas personas, ampliándose luego su significado

¹ CORRAL. *Derecho y derecho de la familia*. Lima -Perú. Editorial Grijley, 2005, p. 21

para comprender elementos esencialmente ligados a la casa, como los bienes patrimoniales y los esclavos y, finalmente, llegar a abarcar el conglomerado de personas que la habitaban.

1.2. Concepto

Desde el punto de vista generativo, la familia es un fenómeno primordial en la historia de la humanidad en un triple sentido: por estar en el origen de la sociedad humana, por su continua reproducción y por estar en el origen de cada persona singular (Donati²).

En el primer sentido, la familia es un fenómeno primordial ya que es el elemento fundamental de la sociedad desde el inicio de la historia humana. Más concretamente, la sociedad nace cuando nace la familia, nace «con» ella, en el mismo momento y del mismo modo. En los inicios de la humanidad, la sociedad se forma a partir de lo que hace familia (se dice que la familia, en aquel momento, coincide con la sociedad). Al principio de la existencia temporal de una sociedad no existe el individuo aislado, sino el grupo familia: si el individuo está completamente aislado, muere. Toda sociedad asume la forma de una amplia parentela (tribu, clan o gens), y la sociedad que se va desarrollando está constituida de las relaciones entre tribus y clanes. Por tanto, en un primer sentido, la familia es primordial en cuanto que sin ella lo social no adquiere existencia histórica.

En el segundo sentido, la familia es un fenómeno primordial porque, en el curso de la evolución humana, es la matriz fundamental del proceso de civilización. Así, primordial no significa que está en el origen de la civilización, sino en el contexto y en el presente, también en niveles más desarrollados y diferenciados de la evolución social, la familia es precondition de toda posible adquisición de civilización. No se alude ahora a que la familia sea el lugar (sistema social primario viviente) en que se reproduce la especie humana. Se alude a algo más esencial que una sociedad no puede existir si no dispone de una cultura que pueda pensar y vivir de forma «familiar», y esto está más allá del horizonte meramente familiar (es lo desconocido, extraño, lo no-familiar). Aún más, la capacidad de desarrollo de cualquier sociedad consiste en saber traducir lo no-familiar en familiar.

² DONATI. *Manual de sociología de la familia*. España. EUNSA, p. 21

Para hacerlo, debe recorrer categorías simbólicas que tienen en la familia su arquetipo. En este sentido, la familia es primordial en cuanto que encarna una distinción (familiar/no-familiar) sin la cual el proceso de civilización no puede avanzar.

En palabras de Víctor García Toma³, nos refiere que la familia es considerada como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o producto de las uniones de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes jurídicos sancionados en el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.).

Tal como señalan los profesores Bossert y Zannoni⁴: “Ella se funda en la relación monogamia: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva la prole que completa el núcleo familiar. La monogamia es un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social”.

La familia es la célula básica de la sociedad, en razón de que todo ser humano necesita de un hogar que lo cobije y desde donde pueda desarrollar a voluntad sus cualidades físicas, emocionales, sentimentales y de interrelación íntima con aquellos a los que se encuentra ligado por la sangre y el afecto parental.

El profesor Díaz⁵ la considera como una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella posee una importancia singular porque constituye célula básica de la organización social.

Castillo Soltero⁶, nos refiere que: Sabemos que la familia juega un rol protagónico en la cimentación de las conductas sociales de los ciudadanos, ya que constituye el centro de educación y, por tanto de transmisión de valores morales y culturales; por eso cuando al interior de ella se producen actos de violencia, ello no sólo constituye un grave riesgo para dicha familia sino para toda la sociedad.

En ese contexto, el profesor Ramella⁷ señala: “La protección a la familia responde a un natural designio de la persona, desde que ella genera sus más elevados

³ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima. Editorial Gráfica Horizonte. 2001, p. 211

⁴ BOSSERT & ZANNONI. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989

⁵ DÍAZ DE GUIJARRO. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina, 1953

⁶ CASTILLO SOLTERO. *La Penalización de la Violencia Familiar*. En: <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1538>. 2008

⁷ RAMELLA. *Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980

sentimientos afectivos, y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el medio indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consideración de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social”.

La doctrina acepta la existencia de la denominada familia nuclear, la cual se encuentra constituida por el padre, la madre y los hijos, siempre que estos últimos se encuentren bajo la esfera de autoridad de sus progenitores, en razón de la edad y convivencia. Es decir, se constituye sobre la base de la relación que surge del matrimonio y el parentesco.

El parentesco es el vínculo existente entre un grupo de personas, en atención a las reglas de consanguinidad, afinidad o adopción.

El parentesco por consanguinidad es aquél que liga a las personas que descienden unas de otras por naturaleza biológica (padres, hijos).

El parentesco por afinidad es aquel que liga como consecuencia del matrimonio, a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro (suegros, nuera, yerno, cuñados).

El parentesco por adopción es aquel que liga como consecuencia de la realización de un acto jurídico mediante el cual, una persona con capacidad plena de ejercicio recibe como hijo propio a quien no lo es biológicamente (adoptante y adoptado).

La proximidad jurídica del parentesco es aquella que se genera en función de la generación que media entre las personas que forman parte de un mismo tronco familiar consanguíneo.

El tronco familiar consanguíneo se establece a través del ascendiente común.

Como se ha inferido anteriormente, el núcleo familiar es aquél que está vinculado a la unión matrimonial y el parentesco. Ahora bien, en atención a lo establecido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, como consecuencia del respeto a la pluralidad étnica y cultural de las ciudades vinculadas con las culturas quechua, aymara, etc., es admisible jurídicamente que dicho núcleo familiar se extienda a los parientes consanguíneos, por afinidad y hasta los derivados del vínculo espiritual (compadrazgo).

En ese sentido, de conformidad con lo que dispone el artículo 2 del decreto legislativo N° 346 – Ley de Política Nacional de Población-, es necesario procurar el

fortalecimiento de la familia como unidad básica de la sociedad; promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal.

En ese contexto, el Estado debe ejecutar acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el matrimonio y los derechos de los hijos, sobre la crianza y socialización de éstos como responsabilidad tanto del varón como de la mujer; y sobre el trato igual entre ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para así consolidar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.

Finalmente Corral⁸ define a la familia como aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.

La familia es la base fundamental de la sociedad, y por ende el Estado está en la obligación de protegerla, conforme lo dispone nuestra Constitución. Es decir, conforme lo indica el artículo 4 dispone que: *“la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales fundamentales de la sociedad”*.

De lo anteriormente indicado no solo la familia nace de un matrimonio, sino también de una unión de hecho ya sea propia o impropia, de acuerdo a esto último, si es propia generará una serie de efectos jurídicos, pero si es impropia tiene sus desventajas. Es así que el artículo 5 de nuestra Constitución también regula la unión de hecho en la cual prescribe que: *“la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”*

⁸ CORRAL. *Ob. Cit*, p. 32

1.2. El Matrimonio

1.2.1. Etimología

La palabra "matrimonio" como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y del Derecho Romano. Su origen etimológico es la expresión "matrimonium", es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad.

La concepción romana tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad que la naturaleza da a la mujer de ser madre queda supeditada a la exigencia de un marido al que quedar sujeta al salir de la tutela de su padre y de que sus hijos tengan un padre legítimo al que estar sometidos hasta su plena capacidad legal: es la figura del pater familias.

1.2.2. Definición

Durante el transcurso de la vida del ser humano, este busca siempre vivir en compañía con otras personas, es decir, en primer momento el hombre vive en hordas nómadas, trasladándose de un lugar a otro, posteriormente vive en clanes, para luego asentarse definitivamente formando una familia, que en un sentido extenso de la palabra estaba conformado por un número amplio de miembros integrantes, hasta ver en la actualidad en un sentido reducido; es decir, padre, madre e hijos. La sociedad empieza a regular estas uniones, llegándose a formalizarse en su máxima expresión en la institución que todos conocemos, el cual es, "El Matrimonio", que genera, según su concepción inicial, "mayor estabilidad" y sobre todo seguridad jurídica para todos sus miembros, ganándose de por sí el reconocimiento dentro de la sociedad.

El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho, así como investida de ciertas consecuencias jurídicas, tales como la sociedad de gananciales, patrimonio familiar, herencia, derechos reales, entre otros.

Es a través del matrimonio que el Derecho institucionaliza jurídicamente la unión de pareja como cimiento de la organización familiar y social, reconociéndola, dotándola de efectos jurídicos, de estabilidad⁹.

⁹ CABELLO, C. *Matrimonio y Divorcio*. En: La Familia en el Derecho Peruano Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 515

El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tiene por base la unión heterosexual. La institucionalización de esta unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales.

El matrimonio es tan antiguo como el propio hombre.

Conceptualizado sociológicamente, el matrimonio es la institucionalización de las relaciones cuyo sustento está en la unión intersexual reconocida por ley. Para el Derecho, es un hecho jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos. Para la sexología, el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales (Varsi, E.¹⁰).

En cierta manera existe unanimidad de que es a través del matrimonio que se garantiza la estabilidad y permanencia de la familia.

Celebrado que fuera el matrimonio surge de manera inmediata la relación jurídica matrimonial subjetiva de la cual se determinan los siguientes elementos o vínculos personales entre los cónyuges:

Derechos

Nombre, alimentos, herencia, régimen patrimonial familiar, patria potestad, derecho real de habitación.

Atributos

Estado civil, nacionalidad, patrimonio, capacidad

Deberes

Fidelidad, cohabitación o vida en común, asistencia, participación y cooperación en el gobierno del hogar

Obligaciones

Alimentos, educación y sostenimiento de la familia

Entre estos últimos (deberes y obligaciones) existen diferencias en el orden jurídico. Los deberes no son exigibles jurídicamente (moral), mientras que las obligaciones sí

¹⁰ VARSÍ, E. *Las Causales de Divorcio en el Derecho Comparado*. Lima – Perú. Actualidad Jurídica, Nº 90 – Gaceta Jurídica, 2001, p. 37

(procesos judiciales especiales). Partiendo de la estructura especial del negocio jurídico familiar es de señalar que en el mismo priman los deberes frente a las obligaciones. Cuando se omite el cumplimiento de un deber matrimonial surgen las diferencias conyugales, permitiendo la ley poner fin a la unión marital vía divorcio por causal.

Se puede concluir que el matrimonio es una institución jurídica regulada por nuestra normatividad, en la cual por la celebración se establece elementos esenciales y de validez, es decir se obtiene de ella los derechos y obligaciones de los consortes, en la cual persiguen una misma finalidad la de tener una familia mediante un estado permanente de vida.

1.3. El Divorcio

Es la voz latina *divortium* la que nos revela el origen etimológico de la expresión Divorcio; en ella se describe la actitud de los cónyuges que, después de haber recorrido unidos un trecho de vida, deciden ya sea unilateralmente o por ambas partes alejarse por distintos caminos. Su significado es separación, por lo que no es de extrañar que dicho término haya sido empleado para referirse al divorcio vincular (divorcio propiamente dicho), como también al denominado relativo o separación de cuerpos. Un breve vistazo a los orígenes del divorcio se remonta al Derecho antiguo, donde ya se apreciaba en algunas sociedades como la de los babilonios, chinos, hindúes, egipcios, hebreos, griegos y romanos, pequeños vestigios regulatorios de lo que sería la disolución del vínculo matrimonial (Borda¹¹). Pero, quizás de manera más clara, es el Derecho Romano a través de Justiniano (483 – 565 D.C.), quien reconoció al matrimonio como un acto privado, no oficial y “disoluble” por divorcio o por repudio (Quiroga¹²). De esta manera se da inicio a la regulación de la desvinculación por determinadas causales razonables, entre las que estaban la demencia de la mujer, la ausencia de un consorte, la impotencia del marido durante dos años después de celebrado el matrimonio (Varsi¹³) e incluso la disolución consensual del vínculo.

Posteriormente, el cristianismo y los cambios culturales que trajo consigo la edad media, generaron la inevitable mutación del Derecho. Es a partir de aquí que

¹¹ BORDA, G. *Manual de Familia*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot., 2002, p. 234

¹² QUIROGA, A. *Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. La Familia en el Derecho Peruano Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990, p. 83

¹³ VARSÍ E. *Tratado de Derecho de las Familias*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2011, p. 326

podemos identificar la arraigada oposición al divorcio, debido a que la institución matrimonial durante este periodo fue sacramentada, y como consecuencia de ello, a partir del siglo VI el Derecho experimenta la fusión de las legislaciones civiles con las canónicas.

No obstante ello, lo controversial de hacer indisoluble una relación conyugal incluso ocasionó que en el seno de la Iglesia se debatiera la posibilidad de permitir o no el divorcio, tan es así que en algunos concilios (Borda¹⁴) se admitió la posibilidad del divorcio. Sin embargo, la teología católica fue orientándose finalmente hacia la indisolubilidad del vínculo, cerrando la discusión a través de los Concilios de Letrán (Siglo XIII) y, finalmente, el de Trento (Siglo XVI).

Otro punto medular fue la competencia exclusiva que se arrogó la Iglesia en la regulación del matrimonio a través de su Codex Iuris Canonici, cuerpo legislativo que incluso sería adoptado de manera póstuma como modelo legislativo (Quiroga¹⁵). Años más tarde, durante la época de la post-revolución francesa, se promulga el Código Napoleónico, en el que reaparece el matrimonio laico y se direcciona éste como una institución exclusivamente civil, a partir de esta época finalmente se disuelve la concepción divina e indisoluble del matrimonio iniciándose una época en la que se gestó algunas de las modalidades de conclusión del matrimonio.

El contexto descrito no ha sido ajeno al Perú, donde precisamente el divorcio encuentra sus albores poco después del reconocimiento del matrimonio en la época colonial, durante toda esta etapa nos regíamos por el sistema y la legislación española, ésta a su vez estaba influenciada preponderantemente por las reglas del Derecho Canónico, el cual, al ser un derecho puramente clerical, acogía una postura anti divorcio. Claro reflejo de ello era el abierto rechazo a esta institución durante toda esta etapa, pues el matrimonio era considerado un sacramento indisoluble.

Posteriormente, durante la etapa Republicana, y tras la promulgación del primer Código Civil en 1852 -el cual fuese una transcripción del Código Napoleónico- si bien, aún se recogía la tradición del matrimonio indisoluble que solo la muerte extinguía, se contempló una modalidad de divorcio relativo, el mismo que solo hacía referencia a lo que sería la separación de hecho de los cónyuges sin mediar una ruptura definitiva del vínculo matrimonial, dicho de otro modo, existía una separación fáctica

¹⁴ BORDA, G. *ObCit*, p. 235

¹⁵ QUIROGA, A. *Ob. Cit*, p. 84

de los cónyuges pero legalmente ambos mantendrían su estado civil de casados, es decir el matrimonio persistía pese a la desunión marital .

Consecuentemente, se promulgó la Ley del 23 de diciembre de 1897, reafirmada por la Ley del 23 de noviembre de 1903, con las que se da inicio al paulatino reconocimiento del divorcio a través de la diferenciación del matrimonio canónico y la plena validez del matrimonio civil (Quiroga¹⁶), dejando subsistente el primero tan solo para aquellos creyentes que, facultativamente, optaran por él. Pero no es hasta 1931 mediante las Leyes N° 7893 y N° 7894, que se aprobó en el Perú el divorcio absoluto y por mutuo disenso, siendo la primera vez que se permitía la posibilidad jurídica del divorcio vincular de manera inmotivada y por mutuo disenso, cuyo único requisito era que el matrimonio tuviera una antigüedad de 3 años. Estas dos leyes fueron las que dieron inicio a la regulación legal del divorcio absoluto en el Perú (Quiroga¹⁷).

Así, el Código Civil de 1936 recoge estas dos normativas mencionadas, para el tratamiento del divorcio vincular, además de incorporar una definición de matrimonio civil laico. Es a partir de este momento que se deja de lado la concepción religiosa que existía. Con ello, finalmente se desplazó la posición rígida que asumía la Iglesia respecto a la ruptura matrimonial. Sin duda alguna el hecho más peculiar dentro de la elaboración del Código del 36, fue que hasta ese momento la gran mayoría de los principales miembros de la Comisión Reformadora, mostraron su manifiesta y expresa tendencia antidivorcistas. Esto ocasionó, que se buscara indirectamente frenar el precipitado camino del divorcio, cuyos requisitos se estaban haciendo cada vez menos rígidos. De este modo, la Comisión reformadora impuso una serie de requisitos temporales y cláusula cerradas con causales expresas, para que la consumación del divorcio no sea tan accesible. Sin embargo, cabe rescatar que, a partir de este Código, se logró afianzar la separación de hecho por medio del divorcio, convalidando jurídicamente una determinada realidad en la que los cónyuges ya no podían hacer vida en común; estos claros logros ampliaron las fronteras del divorcio, y así buscaron evitar uniones funestas e indeseadas. Tiempo después, el 24 de julio de 1984 se promulgó mediante Decreto Legislativo N° 295 el Código Civil de 1984, que reguló originariamente el divorcio absoluto a través de diez causales taxativas y

¹⁶ Ibid., p. 85

¹⁷ Ibid., p. 86

señaladas en su artículo 333; estas cláusulas incluían una disposición de naturaleza genérica que no requería motivación, fundamentación o prueba y que es conocida como mutuo disenso.

Es claro que la promulgación de este Código estuvo orientada hacia una tesis de divorcio sanción –salvo en el caso de mutuo disenso- pues para poder solicitar el divorcio se requería la probanza de un comportamiento que se encuentre dentro de alguna de las causales sancionadas por el mencionado artículo. Así, el divorcio sanción constituía una ruptura del vínculo conyugal que suponía el enfrentamiento judicial de las partes (ofendido con el ofensor) (Quiroga¹⁸), en un proceso judicial que nunca fue expeditivo, y que por el contrario era riguroso con respecto a la prueba del hecho sancionado y, algunas veces, un proceso que se tornaba demasiado costoso.

En resumen, las causales establecidas por el Código Civil vigente constituyen, entonces, una suma de conductas antijurídicas de orden público, pues las mismas no pueden ser modificadas o suprimidas en virtud de la autonomía de la voluntad, además que éstas son determinadas exclusivamente por el juez.

Sin lugar a dudas es en el año 2001, mediante Ley N° 27495 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de julio de 2001), que se introdujeron significativos cambios en el régimen de divorcio, incorporándose así, nuevas causales de divorcio remedio. Estas causales son: (i) la separación de hecho de los cónyuges; y, (ii) la imposibilidad de hacer vida en común, previstas respectivamente en los numerales 11 y 12 del Artículo 333° del Código Civil. Tal como afirma el profesor Enrique Varsi, la incorporación de estas causales de divorcio remedio fueron impulsadas por la propia realidad social, familiar, económica y política, que hoy vive nuestro país y que tiene como finalidad poner fin a matrimonios ficticios (Varsi¹⁹).

Al poco tiempo, la Ley N° 27495 -que añadió la modificación del artículo 319° del Código Civil- modificó otras causales de divorcio, entre las cuales se ubican la separación por injuria grave (regulada en el numeral 4° y que puntualiza la imposibilidad de hacer vida en común); y, la enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (comprendiendo expresamente el SIDA).

¹⁸Ibíd., p. 91

¹⁹ VARSÍ E. *Ob. Cit.*, p. 353

De otro lado, se modificó lo relativo al fenecimiento de la sociedad de gananciales, al establecer en el art. 319° que esto ocurre por regla general, en la fecha de la notificación con la demanda de divorcio, salvo en los supuestos previstos en los incisos 5 y 12 del art. 333°, referidos a las causales de abandono injustificado de la casa conyugal y la de separación de hecho, y en los que, fenece el régimen patrimonial de sociedad de gananciales desde el momento en que se produce la separación de hecho.

Finalmente, la última modificación se da en el año 2008 en el que se promulgó una de las últimas e importantes incorporaciones realizadas a la institución del divorcio, la Ley N° 29227 (Esta norma se da a través de la acumulación de los Proyectos de Ley N° 392/2006-CR, 922/2006-CR y 1000/2006-PE), Ley que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, también llamada, “Ley de divorcio rápido” o conocida en otros países como “Divorcio Express”; junto con su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2008-JUS y que sin lugar a dudas permiten a los cónyuges que por mutuo acuerdo decidan finiquitar la relación conyugal, tener un mecanismo rápido y eficiente.

Según Fernández Baca, el 40% de los divorcios en Estados Unidos ocurre antes del quinto año de matrimonio y la separación precede generalmente al divorcio por el lapso de uno o dos años (Fernández²⁰). Así, las tasas de divorcio son más altas durante los primeros años y los divorcios tardíos son mucho menos frecuentes pues el *capital acumulado* se hace más valioso si el matrimonio permanece intacto.

Las consecuencias personales de la disolución de los matrimonios son múltiples. Los casos más comunes son: filiaciones compartidas (la biológica con la legal), indefinición de bienes sociales (los adquiridos durante el matrimonio y los posteriores en la nueva unión), continuidad de ciertas obligaciones (alimentos al cónyuge indigente), etc. Estas consecuencias repercuten en el orden social, generando una descompensación en la esfera de la sociedad: falta de credibilidad del vínculo matrimonial (aumento de las uniones de hecho), formalizaciones de hecho para encubrir el estado civil real (matrimonios masivos), entre otras.

²⁰ FERNÁNDEZ J. “Sexo, divorcio y machismo”, en: Apuntes 30, Lima, 1992., p. 19

A pesar de ello, existen legislaciones como los casos de Alemania, Austria, Grecia, Suecia y algunos códigos de los países socialistas que permiten la disolución del matrimonio como una salida a la crisis de pareja admitiendo el divorcio, no así la separación.

Se ha demostrado que la permisibilidad del divorcio facilita a los contrayentes una decisión pensada y libre, hecho éste que se limita en aquellos países en los que no se admite la disolución matrimonial. En estos últimos, los matrimoniantes piensan (o mejor dicho reflexionan más) en la formalización del vínculo conyugal indisoluble. De esta manera, los índices de parejas casadas son menor que en los primeros países que admiten el divorcio. Por duro que parezca, es la realidad.

Está sociológicamente demostrado que el divorcio vincular produce los siguientes efectos: i) engendra más divorcios; ii) baja la tasa de nupcialidad; iii) aumenta los concubinatos; iv) aumenta los nacimientos fuera del matrimonio; v) produce más hijos abandonados, más delincuencia juvenil y más suicidios; vi) disminuye la tasa de natalidad; vii) produce un progresivo envejecimiento poblacional; y viii) aumenta la tasa de abortos. Paralelamente a todas estas consecuencias negativas de la implantación de una legislación divorcista, no ha podido demostrarse –ni tampoco insinuarse– efecto positivo alguno.

Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley N° 27945, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

Con relación al divorcio sanción se aplica solo a uno de los cónyuges o en su defecto a ambos, esto como responsables de la disolución del vínculo matrimonial, ya sea por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, regulados por la ley, es decir que, que cuando el juez valora la conducta de uno de los cónyuges trae como consecuencia la sanción en este caso al culpable, y por ende la pérdida de los derechos hereditarios, alimentarios, o como también de la patria potestad, etc.

Las causales a que se refieren los incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil, se circunscriben a la clasificación del divorcio sanción, ya que se evidencia actos imputables a título de dolo o culpa.

Tenemos también otra clase de divorcio regulado por nuestro ordenamiento civil, denominado divorcio remedio, el cual están referidas en los incisos 12 y 13 del artículo 333 del Código Civil, donde el juzgador lo que se limita a verificar respecto de la separación de los cónyuges, no es la conducta culpable, es decir no trae consigo una sanción sino la solución respecto al quebrantamiento de la relación conyugal que es de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. Aunado a ello puedo decir que esta clase de divorcio no hay voluntad de reconciliación por parte de los cónyuges, por ende, el fracaso de la unión matrimonial. Como se ha podido observar dentro de nuestra normatividad civil o dentro de nuestro sistema jurídico tenemos dos clases de divorcio, que se le denomina modelo mixto.

1.3.1. Causales de Divorcio

A tenor de lo dispuesto en el artículo 349, los hechos que pueden dar origen al divorcio vincular son los mismos que específicamente admite el artículo 333, incisos 1 a 10, para la simple separación de cuerpos, a saber: el adulterio, la sevicia, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado del hogar por más de dos años, la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes, la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio, la homosexualidad sobreviniente y la condena por delito doloso a una pena privativa de la libertad mayor de dos años impuesta después de celebrado el casamiento.

Por su parte, el artículo 354 dispone que, transcurridos seis meses de la sentencia de separación de cuerpos por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, puede pedir que se declare disuelto el vínculo; y que el mismo derecho asiste al cónyuge inocente de la separación por causal.

Ahora bien, si se reconoce, como no puede ser de otro modo, la sustancial diferencia que hay entre la figura de la separación de cuerpos y la del divorcio absoluto, es forzoso extrañar que el legislador no haya mostrado una mayor severidad al gobernar las causales de disolución del nexo conyugal. Ciertos hechos, en efecto, pueden no ser bastante graves para destruir el matrimonio y arrastrar el interés social al campo de enconadas rencillas domésticas, pero pueden serlo para impedir una convivencia normal entre los cónyuges. Tales hechos, por tanto, pueden y deben ser considerados como causal suficiente para lograr la separación de cuerpos; pero no pueden ni deben estimarse bastantes para romper en definitiva el vínculo nupcial.

1.3.1.1. El Adulterio

El trato sexual de uno de los cónyuges con distinta persona constituye la más grave violación del deber de fidelidad matrimonial.

Desde el punto de vista moral, el adulterio cometido por el marido es tan vituperable como el perpetrado por la mujer y puede influir igualmente en la ruptura del clima ético en que deben desenvolverse las relaciones conyugales. De aquí que la ley no haga distingo entre la falta del marido y la de la mujer, a efecto de franquear a uno y otra, en su caso, la acción de separación.

Empero, es preciso reconocer que, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, el adulterio de la mujer puede asumir mayor gravedad- que el del marido, porque entraña la amenaza de introducir en el hogar un hijo que no lo es de aquél, a base de la presunción legal de que "el hijo nacido durante el matrimonio... tiene por padre al marido" (artículo 361).

1.3.1.2. La violencia física o psicológica

La presente causal se encuentra consagrada en la doctrina bajo el concepto de **sevicia**.

La sevicia, según CORNEJO CHÁVEZ²¹, consiste en "(...) *el trato excesivamente cruel de que uno de los cónyuges hace víctima al otro*".

REBORA define la sevicia como "(...) *el acto de crueldad por el cual uno de los cónyuges dejándose arrastrar por brutales inclinaciones, ultraja de hecho al otro y salva así los límites del recíproco respeto que supone la vida en común*".

La sevicia se expresa pues en maltratos físicos, y se aprecia por los daños materiales que produce. No importa tanto en ella la intención de ofender, cuanto el propósito de hacer sufrir físicamente. Por tanto, no podrá calificarse como sevicia la amenaza de maltrato, el insulto o la disputa que no se traduzca en-el ultraje material.

Por lo demás, el juez debe tener en cuenta en cada caso las condiciones particulares de los cónyuges, para apreciar si el ultraje justifica la drástica medida de la separación de cuerpos, pues lo que para ciertas personas puede realmente ser motivo que imposibilite la convivencia, puede no serlo para otra de distinta condición

²¹ CORNEJO CHÁVEZ, Ángel Gustavo. - "Derecho Familiar Peruano" Editorial STUDIUM, Lima, 1987. Pág. 327.

social, grado de cultura o costumbres.

Comúnmente, la sevicia será invocada por la mujer, pero no hay inconveniente legal que excluya la posibilidad de que sea el marido quien alegue sufrirla, como ha ocurrido alguna vez en la historia de los tribunales.

1.3.1.3. El atentado contra la vida del cónyuge

La presente causal no requiere mayor comentario: si el simple maltrato físico es capaz de alterar gravemente las relaciones matrimoniales hasta el punto de imposibilitar la convivencia, no hay duda de que el designio criminal exteriorizado por uno de los cónyuges en agravio del otro, suscita necesariamente un estado de aversión y fundado temor enteramente incompatible con la vida en común. Un elemental sentido de prudencia impone en tal caso la separación, pues, aparte de la natural repugnancia por la cohabitación que el atentado provoca en la víctima, sería inhumano obligar a esta a que siga conviviendo con el agresor.

Figuras del Derecho penal como la tentativa de homicidio y el homicidio imposible se ven comprendidas en esta causal.

1.3.1.4. La injuria grave

El ultraje a los sentimientos o la dignidad de uno de los cónyuges por el otro corresponde en el orden moral a la sevicia en el orden físico, pero, si bien es cierto que en determinadas circunstancias y tratándose de ciertas personas la injuria puede revestir la misma o mayor gravedad que el maltrato material, también lo es que aquélla, por no dejar huella objetiva y por referirse a algo tan inaprensible y subjetivo como es la dignidad, puede servir de base a un verdadero abuso del derecho de pedir el divorcio. De aquí que para calificar la injuria el juez debe aplicar, según su prudente arbitrio las mismas reglas indicadas anteriormente, en relación a la sevicia.

Con referencia a la causal que nos ocupa, algunos tratadistas estiman que debe incluirse en ella la conducta licenciosa observada por la mujer antes del matrimonio, a condición de que el marido no haya estado enterado de ella al momento de casarse y de que, apreciadas las circunstancias, sea razonable suponer que, de haberla conocido, no se hubiera casado. Consideramos que esta interpretación extensiva del concepto de la injuria, no obstante, la gravedad que puede asumir el tardío conocimiento de una conducta licenciosa de la mujer, no es aceptable en teoría ni dentro del campo de nuestra ley positiva.

En el campo de nuestra ley positiva, la inclusión de la precedente conducta licenciosa de la mujer en el concepto de injuria grave es también inadmisibile, pues el legislador, con notorio acierto a nuestro juicio, ha considerado que la conducta deshonrosa, observada antes del matrimonio, no sólo por la mujer sino también por el marido, es un defecto sustancial cuya ignorancia por el otro esposo abre camino a una acción de anulabilidad por error (artículo 277, inciso 5)

1.3.1.5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años

Uno de las obligaciones principales que nacen del matrimonio es la de hacer vida común, y que la ley consagra diversas medidas destinadas a asegurar su cumplimiento. Pues bien, cuando uno de los cónyuges frustra con su conducta los medios legales de que el otro se vale para mantener o reanudar la convivencia, éste puede pedir y obtener el divorcio. Empero, para que la acción prospere se necesita la concurrencia de tres requisitos indispensables: que el demandado haya hecho dejación de la casa común, que tal actitud sea injustificada lo que permite suponer que la ha inspirado el designio de destruir de hecho la comunidad conyugal, y que el abandono se prolongue por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda de dos años.

De estos requisitos se desprende que no se podrá invocar el abandono como causal de divorcio cuando ésta se haya producido por buen acuerdo de los cónyuges, cuando se deba a razones atendibles y haya sido autorizada por el juez (artículos 289 y 347); cuando pese a la separación material pueda deducirse de indicios inequívocos (cambio de cartas, envío de pensiones, etc.) que el presunto culpable no tuvo intención de romper el vínculo matrimonial, o cuando el abandono no duró al menos dos años. No existiendo ninguna de estas circunstancias, sino más bien las opuestas (como el adulterio, el concubinato, el olvido y deliberado incumplimiento de las obligaciones relativas al otro cónyuge o a los hijos, la manifestación expresa de aversión a la vida matrimonial, etc.), el juez declara fundada la acción.

1.3.1.6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común

Dentro de la generalidad de esta fórmula ha querido comprender el legislador una multiplicidad de hechos y situaciones que la realidad puede presentar y que escapan a toda posibilidad de enumeración.

Desde este punto de vista se justifica la genérica redacción con que se ha expresado

la norma, pero si se tiene en cuenta la gravedad que reviste el decaimiento del vínculo matrimonial, es preciso reconocer que tal generalidad es susceptible de utilización abusiva. Se comprende, por ello, que, según el artículo 337, siempre deberá el juzgador apreciar las circunstancias peculiares de cada caso para declarar fundada la demanda; y que para hacer lugar a la misma deberá apreciar si los dos extremos que exige la ley han quedado acreditados, es decir, si la conducta del cónyuge demandado es realmente deshonrosa, y si en efecto toma insoportable la convivencia, pues cualquiera de ambos requisitos no es bastante por sí solo para justificar la relajación del vínculo.

1.3.1.7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenos o de sustancias que pueden generar toxicomanía

La toxicomanía o drogadicción es una enfermedad que tiene su origen en el cerebro de un gran número de seres humanos. La enfermedad se caracteriza por su cronicidad o larga duración, su progresión y las recaídas.

Se debe entender que el adicto seguirá siendo un adicto mientras viva, es decir, que el individuo se rehabilita para poder vivir sin consumir la droga y, de allí en adelante, éste será un adicto en remisión, no estará usando la droga, pero para mantenerse en ese estado de abstinencia o remisión no podrá bajar la guardia.

En cuanto a la presente causal, un comentario al respecto equivaldría a insistir sobre un tema del cual se ha dicho acerca de las perniciosas consecuencias que se derivan de la toxicomanía en sus diversas formas (morfinomanía, cocaínomanía, opiomanía, etc.). Dando por sabidas esas consecuencias y por aceptada su creciente y preocupante gravedad, lo que interesa a nuestro estudio es determinar cuál es el fundamento de que el uso de estupefacientes constituya una causal de separación en nuestra ley.

En este contexto, resulta obvio, de una parte, que la separación de mesa, lecho y habitación no puede contribuir a la extirpación del vicio; ni es precisamente el medio más adecuado para brindar al cónyuge inocente la oportunidad de cumplir el deber de asistencia que prometió satisfacer al casarse y que, justamente por la abnegación que demanda, no evidencia la íntima estructura ética del matrimonio sino en los eventos desgraciados o penosos; ni, en fin, tiene por objeto evitar el contagio, desde que la toxicomanía no es una dolencia contagiosa.

Empero, es también cierto, de otro lado, que el uso habitual de tales sustancias no puede ser considerado como una dolencia corriente, sino como una falta; que, aunque no sea fisiológicamente contagioso, encierra el inminente peligro de que el otro cónyuge lo adquiera; y que, por último, éste tiene derecho a negarse a la cohabitación en resguardo de la propia seguridad y para impedir la procreación de una prole tarada, aparte de que la curación de la toxicomanía no depende generalmente de la asistencia empírica, aunque solícita, que el cónyuge inocente puede prestar al vicioso.

En todo caso, para que el uso de esas drogas constituya una causal de separación, debe reunir las condiciones que la ley específica, a saber: que se trate de un hábito (lo que casi siempre ocurrirá, ya que es raro el caso de un toxicómano que no sea consuetudinario); y que tal uso sea injustificado.

1.3.1.8. La enfermedad venérea grave contraía después de la celebración del matrimonio

Las enfermedades venéreas, también llamadas enfermedades de transmisión sexual (ETS) son enfermedades infecciosas que se pueden contagiar por contacto sexual. Algunas se pueden transmitir también por vía no sexual, pero representan una minoría del número total de casos. Varios tipos de enfermedades de transmisión sexual son epidémicas, incluidas la gonorrea, la uretritis no gonocócica, el virus del herpes genital, las verrugas genitales (condilomas acuminados), la sarna (escabiosis) y las infecciones uretrales y vaginales causadas por la bacteria *Chlamydia trachomatis*, el protozoo *Trichomonas* y hongos.

Existe un gran número de enfermedades que se transmiten mayoritaria o exclusivamente por contacto sexual. Además de las enfermedades epidémicas ya mencionadas, están la sífilis, la infección por ladillas (*Pediculosis pubis*), la infección vaginal causada por la bacteria *Haemophilus*, el *molluscum contagiosum*, el chancroide, el linfogranuloma venéreo y el granuloma inguinal. Son muchos los organismos que causan estas enfermedades. *Trichomonas* es un protozoo que causa tricomoniasis; la moniliasis está causada por una levadura; los organismos que producen chancroide, gonorrea, sífilis, granuloma inguinal y vaginitis *Haemophilus*, son bacterias; el herpes genital, las verrugas genitales (causadas por el papovavirus) y el *molluscum contagiosum* se deben a la acción de ciertos virus; finalmente, el linfogranuloma venéreo y la mayoría de los casos de uretritis no gonocócicas están

producidos por la bacteria Chlamydia.

La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio constituye la causal para la procedencia tanto de la separación de cuerpos como del divorcio.

Siendo el matrimonio la fuente legal de la procreación -punto en que radica una de las más importantes razones del interés que la sociedad tiene en la institución- se comprende sin dificultad que la ley muestre especial cuidado en impedir la relación conyugal cuando una grave dolencia pone en peligro a la prole. Se comprende también que, dentro de ciertas restricciones, la salud de uno de los cónyuges, puesta en riesgo por la enfermedad del otro, merezca la atención del legislador.

A estas consideraciones se deben tres dispositivos del Código Civil que, siguiendo distintos caminos, buscan en realidad el mismo fin: el del artículo 241, 2° que prohíbe el matrimonio a quienes padecen de enfermedad crónica, contagiosa, trasmisible por herencia o de vicio que constituya peligro para la prole; el del artículo 277 que declara anulable el matrimonio contraído por error sobre la enfermedad grave y crónica; y el del artículo 333, 8° a que ahora nos referimos, por el que uno de los cónyuges tiene expedita la vía legal hacia la separación cuando el otro ha contraído después del matrimonio una enfermedad venérea grave.

La ley no expresa a qué uso de tales sustancias se podría considerar justificado; pero no parece haber otro caso que el de la prescripción médica. Empero, acerca de esta última disposición, que es la que nos incumbe analizar, se podría argüir que es muy restringida o que es por el contrario excesiva. Lo primero, porque si lo que se pretende amparar es la salud del otro cónyuge y de la prole, la enfermedad venérea no es la única que pone en peligro a la familia, sin contar con que, dadas las consecuencias de toda dolencia venérea, no se sabe a cuál podría reputársela leve. Lo segundo, porque, o mismo que en el caso anterior, la relajación del vínculo no contribuye a curar al enfermo, y en cambio franquea al cónyuge sano la posibilidad de eludir el cumplimiento de su deber de asistencia. No obstante, consideramos que en el caso bajo consideración la separación es la medida prudente y humana, no sólo porque repugna la idea de condenar inútilmente al cónyuge sano al contagio sexual o extra sexual, sino porque éste tiene derecho de evitar la procreación de una descendencia tarada y porque su deber asistencial puede cumplirlo a pesar de la separación. Pensamos inclusive, por análogas razones, que el mismo trato legal

debió darse a otras dolencias igualmente graves y contagiosas.

Por lo demás, conviene indicar que la separación de cuerpos como consecuencia de la enfermedad venérea sobreviniente no pretende sancionar al enfermo, ni pronunciar una condenación por una presunta falta a la fidelidad conyugal, pues la dolencia venérea puede ser contraída extra-sexualmente, y porque si así no fuera no habría necesidad de incluirla entre las causales de separación desde que ya existe la del adulterio.

1.3.1.9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio

La raíz etimológica de la palabra Homosexual proviene del Griego Homo, que significa mismo y no del latín Hommo, que significa hombre, como muchos creen, o sea una persona que gusta de personas de su mismo sexo.

Algunos autores definen la homosexualidad como "una fuerte atracción preferencial hacia personas del mismo sexo", otra puedes ser "el gusto o la preferencia para relacionarse con personas del mismo sexo" , pero en si, se les llama homosexuales a las personas que gustan de compartir sus cuerpos en lo sexual, y creo que también en lo sentimental, con personas de su mismo sexo.

El termino Lesbiana, se entiende como una mujer que le gusta tener relación sexual y afectiva con otra mujer, su nombre provino en alusión a la famosa isla de lesbos, donde las mujeres practicaban el arte, cosa que solo los hombres podían practicar

La homosexualidad sobreviniente al matrimonio constituye la causal para la procedencia tanto de la separación de cuerpos como del divorcio, la misma que puede incurrir cualquiera de los cónyuges, no fue considerada en el Código Civil de 1936 y su inclusión en el nuevo texto sustantivo, por iniciativa de la Comisión Revisora, ha sido ya objeto de controversia. Hay, en efecto, quienes piensan que la homosexualidad es, en unos casos, síntoma de alteraciones o características fisiopsicológicas antes que de desviaciones morales; y, en otros, fruto de estas últimas; y que en la primera hipótesis no se justifica la sanción de un divorcio cuya tramitación exhibe y publica una anomalía que el consenso social condena o ridiculiza injustamente, lesionando así a quien la sufre, mientras que en la segunda hipótesis es un caso de conducta deshonrosa ya expuesto.

1.3.1.10. La condena privativa de la libertad por más de dos años, puesta por delito doloso, después de la celebración del matrimonio

La redacción del dispositivo legal que acoge este motivo de separación (artículo 247, 9° del Código derogado, reproducido en el artículo 333, 10° del actual) dio base a algún comentarista para opinar que lo que la ley ha querido sancionar es, no el delito cometido por uno de los cónyuges, sino la imposición de una pena privativa de la libertad, probablemente por considerar que es ésta y no aquélla lo que impide al culpable cumplir sus deberes conyugales. Estimamos errado este criterio, porque lo que rompe la armonía y mutua estimación de los casados es la deshonra que acompaña a una conducta gravemente delictuosa. Si la causa fuera la imposibilidad en que la condena pone al cónyuge culpable para cumplir el débito conyugal, también deberían ser causales de separación la ausencia del marido o de la mujer por razones de negocios o de salud, la impotencia senil y otros hechos análogos. Además, como la separación no autoriza al cónyuge inocente para contraer nuevas nupcias o para mantener trato sexual con distinta persona, es obvio que la sentencia de separación no salvaría el obstáculo.

Así pues, es la injuria grave que el delito de uno de los cónyuges inflige al otro y a la familia lo que puede imposibilitar la convivencia normal y si la ley se ha referido a la condena es simplemente por dos razones:

- Que la condena penal es la que declara la existencia del delito y lo sanciona, lo que significa que antes de su pronunciamiento no se puede afirmar aún que el delito existe ni quién fue su autor o cómplice (193); y
- Que la naturaleza y duración de la pena son las que determinan la gravedad de la infracción punible; y esto es indispensable para franquear la acción, desde que no sería admisible que un delito leve relajara el vínculo conyugal.

1.3.1.11. La imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial

Una modificación notoria en materia de separación de cuerpos y, por consiguiente, del divorcio, introducida por la Ley N° 27495 es la referida a la causal de ***imposibilidad de hacer vida común***. En efecto, el artículo 2 de la Ley 27495 ha variado el inciso 11 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente texto: "*La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso Judicial*".

Se trata de la recepción legislativa, en nuestro sistema jurídico, de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. Se sustenta en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

Sin embargo, la innovación no implica haberse admitido la causal como puramente objetiva. Esto se aprecia en la vigencia, para esta causal, del principio de la invocabilidad contemplado en el artículo 335 del Código Civil: los hechos que dan lugar a la imposibilidad de hacer vida común y, por tanto, a obtener el divorcio sólo pueden ser invocados por el cónyuge agraviado, no por el que los cometió.

Ello responde al sistema mixto y complejo que sigue nuestro sistema jurídico. Se trata de una nueva causal inculpatoria. En consecuencia, se deben analizar los motivos que originan la imposibilidad de hacer vida común y quien los provocó, a fin de atribuir los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio al cónyuge culpable o inocente, según corresponda.

Recuérdese que, como toda causal de divorcio culpable -pues así ha sido regulada por la Ley 27495-, la imposibilidad de hacer vida común importa gravedad en la intensidad y trascendencia de los hechos producidos que hace imposible al cónyuge ofendido el mantenimiento de la convivencia y, su imputabilidad al otro consorte; quien, con discernimiento y libertad, frustra el fin del matrimonio. Téngase presente que la imputabilidad no necesariamente significa la concurrencia de un propósito -animus-de provocar la frustración del fin del matrimonio; basta que los hechos importen errores de conducta de los que se tiene o debe tener el convencimiento de su incompatibilidad con los deberes matrimoniales.

A pesar que la ratio legislatoris fue la de identificar y encasillar esta nueva causal con la incompatibilidad de caracteres o de personalidades, se comprueba que ella no puede ser invocada de esa manera por cuanto los factores que determinan tal incompatibilidad no son exclusivamente de uno de los cónyuges sino, por el contrario, de la pareja. En ese sentido, quien así la presenta violenta el principio del artículo 335 del Código Civil: está fundando su demanda en un hecho propio.

Por eso y por tratarse de una causal inculpatoria, deben exponerse en la demanda los hechos que, imputados al otro consorte, provocan la imposibilidad de continuar o reanudar la vida en común.

Una enumeración completa de los hechos que pueden configurar la causal de imposibilidad de hacer vida común es imposible, pues la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real es tan grande que siempre pueden producirse situaciones nuevas. A título ejemplificativo, pueden señalarse los siguientes casos:

- a) Abusos de uno de los cónyuges contra el otro: como no permitirle la entrada al hogar, internarlo innecesariamente en un sanatorio para enfermos mentales, Introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia.
- b) Acciones judiciales: como la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas como la de nulidad del matrimonio por existencia de otro anterior del esposo que no se acredita o por impotencia del marido no probada, la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincular a espaldas del cónyuge, la promoción infundada y maliciosa de juicio de interdicción civil por insania.
- c) Actitudes impropias de la condición de casado: como las salidas o viajes sin dar a conocer el paradero ni prevenir al otro cónyuge, la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche, sus ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común, la ocultación del estado de casados.
- d) Cuestiones patrimoniales: como el apoderamiento de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza; la venta simulada de un bien social para sustraerlo de la sociedad de gananciales; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo a espaldas del otro cónyuge, unidos a la entrega de títulos valores falsificando la firma de éste.
- e) Cuestiones sexuales: como la pretensión de que el cónyuge acceda a prácticas sexuales antinaturales o aberrantes, la negativa a consumar el matrimonio, el inmotivado incumplimiento del débito conyugal, la imposición de prácticas anticoncepcionales por uno de los cónyuges contra la voluntad del otro, el propósito reiterado de abortar, el ocultamiento de la esterilización practicada después del matrimonio.
- f) Falta de aseo: como el grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene, el descuido y desaliño

extremos a pesar de la posición desahogada de la familia.

g) Relaciones con parientes: como la actitud de un cónyuge que lleva al otro a vivir a la casa de su familia, donde se le hace la vida insostenible o no se le da el lugar que le corresponde como consorte; la Conducta desconsiderada o irrespetuosa de un cónyuge hacia los parientes del otro; la negativa injustificada de permitir la visita de los padres o parientes próximos del otro; la exclusión del hogar del hijo de uno de los cónyuges, por la acción del otro.

Todas las circunstancias descritas precedentemente -que de ordinario pueden producirse viviendo o no los cónyuges bajo el mismo techo- deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido en nuestra legislación procesal civil; debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida común, según el caso. Por ello, la frase "debidamente probada en proceso judicial" resulta ser una redundancia innecesaria.

1.3.1.12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años, dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad

Otra modificación notoria introducida por la Ley N° 27495 es la referida a la causal de **separación de hecho**. En efecto, el artículo 2 de la Ley 27495 ha introducido el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: "*La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335*".

Sobre esta causal, la primera dificultad que se tuvo que enfrentar en el debate legislativo fue la de calificarla jurídicamente, porque precisamente se caracteriza por no estar prevista legalmente.

Las diferentes iniciativas legislativas presentadas, cuando calificaban a la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio, consideraban sólo el aspecto objetivo para su configuración; esto es, el hecho mismo de la separación, sin analizar el motivo de su origen. Ello pareciera comprobarse, también, de la sola lectura del nuevo inciso 12 del artículo 333 del Código Civil. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495 dispone que "*para efectos*

de la aplicación del inciso 12 del artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquélla que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo".

De esta manera, se confirma que el fundamento no es sólo objetivo; sino que, además y cuando sea alegado, debe analizarse si mediaron causas no imputables (cumplimiento de un deber de función, traslado laboral, enfermedad, etc.) a los cónyuges, que motivaron la interrupción de la cohabitación; en cuyo caso, no se configura la causal. Si, por el contrario, mediaron causas imputables a uno de los cónyuges (abandono injustificado, impedir el ingreso al domicilio conyugal, violencia doméstica, etc.), ellas servirán para identificar al consorte perjudicado y establecer las medidas de protección de su estabilidad económica y, en su caso, la de sus hijos.

En consecuencia, nuestra legislación se aparta de aquellos sistemas jurídicos que se refieren sólo al aspecto objetivo de la separación de hecho. Por ello, las iniciativas legislativas así presentadas fueron denominadas como de promoción de un divorcio "automático".

En ese sentido, dos son los elementos ineludibles en toda separación de hecho: 1º) En primer lugar, uno objetivo o material, que consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo, sin solución de continuidad, de la convivencia; lo que sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal. En segundo lugar, uno subjetivo o psíquico, que es la falta de voluntad de unirse, esto es, la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, poniendo fin a la vida en común por más que algún deber se cumpla; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es sin que una necesidad jurídica lo imponga.

Sobre este último requisito, debe tenerse presente que éste no se agota en las motivaciones de índole laboral como sugiere expresamente la citada Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Al respecto, debe realizarse la respectiva Interpretación concordada con el artículo 289 del Código Civil que contempla la regla general de los casos que justifican la suspensión temporal de la cohabitación. En consecuencia, sólo aquellas circunstancias que exijan el traslado de uno los cónyuges fuera del domicilio conyugal, por razones de caso fortuito o

fuerza mayor, laborales, de estudios, enfermedad, accidentes, etc., que permitan inferir la imposibilidad de mantener la cohabitación, justifican la suspensión de este deber y pueden ser utilizadas como argumentos de defensa del emplazado; por cuanto, acreditados que sean en el proceso, determinan la no configuración de la separación de hecho.

Es decir que la separación de hecho no involucra los casos en que los cónyuges viven temporalmente separados por circunstancias que se imponen a su voluntad. Sin embargo, siempre se configurará la causal si, no obstante haberse iniciado la interrupción de la cohabitación por causas no imputables a los cónyuges, después se evidencia la intención manifiesta de uno de ellos o de ambos de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones familiares y continuar sus vidas por separados.

Pero la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495 dispone que, para que no se configure la separación de hecho, no sólo basta que medien causas no imputables que la justifiquen, sino que además se debe acreditar "el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo". Al respecto, se debe distinguir la situación del emplazado, por cuanto -como ya se ha precisado- será quien alegue no haberse configurado la causal.

Procede diferenciar la situación del cónyuge que se alejó justificadamente y puede atender las obligaciones alimentarias u otras pactadas con su otro consorte, en cuyo supuesto le es exigible acreditar el cumplimiento de tales obligaciones. Es el caso del consorte que se ve obligado a salir del domicilio conyugal por motivos laborales (sea trabajador dependiente o no), por deberes funcionales (militar, policial, autoridad administrativa), por una obligación legal (servicio militar o representación sindical), etc.; en todos estos casos, es evidente que ese cónyuge se encuentra en aptitud y no existe ninguna causal que imposibilite atender esas obligaciones. Diferente es el hecho de quien, habiéndose alejado con justa causa, está imposibilitado de cumplirlas, respecto del cual no se le puede exigir su demostración o puede acreditar que el otro consorte no se encuentra en estado de necesidad. Así, cuando el cónyuge se ve obligado a dejar el domicilio conyugal por motivos de salud o enfermedad, etc.; en estas circunstancias, se comprueba que, no obstante, la aptitud, un evento que no le es imputable determina la imposibilidad de atender al cumplimiento de tales obligaciones.

De lo expuesto, se concluye que la separación de hecho es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos esposos.

Resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal. Por ello, se exige como elemento temporal el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro años, si los tienen.

Téngase presente que, conforme a la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, "la presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia". Vale decir que, de acuerdo con el principio de aplicación inmediata de la ley, el tiempo transcurrido de separación de hecho, preexistente a la vigencia de la Ley 27495, será Considerado para el cómputo del plazo legal mínimo requerido; el cual, debe estar vencido al momento de interponerse la demanda.

1.3.1.13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio

Aparte del divorcio por las causales anteriormente señaladas, el Código (artículo 333, 10°) admite la separación por el mutuo acuerdo de los cónyuges, sin otra condición que la de que el matrimonio haya durado más de dos años.

El mutuo disenso significa que los cónyuges, sea por haberse producido una de las causales específicas -que sin embargo no desean ventilar ante los tribunales- - o simplemente por el hecho de que difieren en el modo de pensar y de sentir, esto es, por incompatibilidad de caracteres, deciden que no les es posible continuar la cohabitación y solicitan la autorización judicial para exonerarse mutuamente de los deberes de lecho y habitación. Significa, para decirlo gráficamente, que los cónyuges no están de acuerdo en nada, excepto en que no están de acuerdo.

El mutuo disenso ha sido duramente combatido, tanto como mera causal de separación de cuerpos, cuanto como fundamento en que directa o indirectamente pueda apoyarse una acción de divorcio vincular.

En su primer carácter, esto es, como causal de simple separación de cuerpos, se le puede objetar que destruye casi totalmente las ventajas que la ley quiso asegurar

con la minuciosa y taxativa enumeración de causales específicas; pues se comprende que, no sólo aquellos cónyuges que temen exhibir las escandalosas incidencias de su vida, sino aquellos que no desean seguir conviviendo por motivos minúsculos o por egoístas consideraciones privadas, tienen con el fácil arbitrio del mutuo disenso medio legal para burlar la severidad que la misma ley ha desplegado al gobernar fatigosamente cada una de las causales específicas.

De otro lado, el mutuo disenso no se dirige a satisfacer otro interés que el particular de los cónyuges -pues es obvio que éstos, cuando resuelvan separarse, no han de mirar con mucha solicitud las conveniencias sociales y a veces ni siquiera las de sus hijos-, lo que significa olvidar que el matrimonio no es un negocio privado, sino una fundamental institución social.

1.4. La separación de hecho

1.4.1. Incorporación legislativa

En el sistema civil peruano, desde la puesta en vigencia del Código Civil de 1984, han sido varias las pretensiones legislativas por incorporar o insertar el supuesto de separación de hecho, entre el elenco de causales reguladas originalmente para las declaración judicial de divorcio y separación de cuerpos (artículo 333 del C.C.); entre las que están el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, que haga insoportable la vida en común, el abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo, etc. (Alfaro²²).

Ciertamente, es conocido por todas las diversas y variadas propuestas legislativas que, a lo largo de tiempo, han sido presentadas por los congresistas, con la finalidad de lograr la adición de la causal de separación de hecho en nuestro sistema jurídico. Encontramos por ejemplo y de acuerdo a la fecha de su presentación, a los Proyectos de Ley N° 253/85; N° 1716/96-CR; N° 2552/96-CR; N° 1729/96-TR; N° 3155/97-CR; N° 154/2000-CR; N° 171/2000-CR; N° 278/2000-CR; N° 555/2000-CR; 565/2000-CR; N° 655/2000-CR; y 795/2000.

Posteriormente, luego del estudio y debate de los referidos Proyectos de Ley, en el seno de la Comisión de Justicia, se logra aprobar la Ley N° 27495 de fecha 7 de julio 2001, en donde finalmente se consideró legislativamente agregar al Código Civil

²² ALFARO. *La indemnización en la separación de hecho*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2011, p. 25

peruano y en particular al instituto del divorcio (o separación de cuerpos), una causal adicional a las existentes, como hipótesis de incidencia básica para su declaración judicial; es decir, estamos hablando de la figura de la “separación de hecho o separación fáctica”, con sus particularidades y consecuencias jurídicas.

Desde el análisis procesal de esta causal y en particular del primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, llama la atención el hecho de que el legislador haya establecido normativamente un presupuesto de procedencia; en virtud del cual se requiere que el demandante que alegue o sustente su demanda de divorcio (o separación de cuerpos) bajo dicha causal, deba necesariamente tener que acreditar o demostrar encontrarse estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias (Alfaro²³).

1.4.2. La separación de hecho

Plácido²⁴ la separación de hecho es el estado en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión judicial, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga, ya sea por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes; infiriéndose los elementos constitutivos de la causal:

- 1) Elemento objetivo o material, que consiste en el cese efectivo de la convivencia en forma permanente y definitiva; cuya evidencia es el apartamiento de los cónyuges por voluntad expresa o tácita de uno o de ambos consortes.
- 2) Elemento subjetivo o psíquico, que es la intención cierta de uno o ambos cónyuges de no continuar conviviendo, sin que una necesidad jurídica lo imponga.
- 3) Elemento temporal, que es el transcurso ininterrumpido de un plazo mínimo legal que permita apreciar el carácter permanente de la falta de convivencia. En nuestra legislación se ha fijado dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y de cuatro años, si los tienen.

La Corte Suprema en la sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil, recogiendo la posición del jurista nacional Espinoza Espinoza, ha conceptuado a la separación de hecho como “la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que sin previa

²³ *Ibíd.*, p. 25-26

²⁴ PLÁCIDO. *Divorcio. Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio. Cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley N° 27495*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2001, p. 98

decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos”.

La separación de hecho o *de facto* como causal no culposa se sustenta como uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio: la vida en común. Se presenta como el incumplimiento del deber que los cónyuges tienen en compartir el lecho, techo y mesa imponiendo una situación ajena y contraria a las relaciones que crea el matrimonio.

Una vez ocurrida, los cónyuges sin necesidad de expresar motivos (no subjetividad), sino únicamente la probanza del paso del tiempo (sí objetividad) la solicitarían, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida en común, deviniendo inútil en algunos casos e inconveniente en otros la vigencia del lazo conyugal, el cual más que generar efectos positivos produce consecuencias no deseadas y más bien perjudiciales para el marido, la mujer y los hijos.

Como se refiere, la separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. Nuestra legislación civil relativa al matrimonio, consigna bajo el nombre de *cohabitación* al deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal (art. 289), y esto es lo que se incumple.

El jurista alemán Kahl propone como pauta para apreciar la procedencia o improcedencia del divorcio, la necesidad de establecer si la perturbación de la relación matrimonial es tan profunda que ya no se pueda esperar que la vida en común continúe conforme a su esencia, planteándose una nueva concepción sobre el matrimonio cuya permanencia no depende de las infracciones a los deberes matrimoniales, sino a la intención de hacer una vida en común, la misma que puede debilitarse y hasta destruirse, sin que las leyes puedan obligar a los cónyuges a mantenerse juntos cuando dicha unión ha fracasado.

Esta causal se presenta como una fórmula necesaria para incorporar la teoría del divorcio *remedio* por la propia realidad social, familiar, económica y política que hoy vive nuestro país.

Las situaciones irregulares e ilegales, que en gran mayoría afectan la institución matrimonial, niegan su esencia al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que pueda legalizar el estado civil que le correspondería.

Sobre esta materia, los proyectos de ley han sido más numerosos:

El Proyecto de Ley 2552/96-CR refiere al tema solicitando la modificación del artículo 349, de la siguiente manera:

Artículo 349.- Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333. *Además, cuando los cónyuges están separados de hecho por más de cuatro años continuos y a solicitud de cualquiera de ellos.*

El Proyecto de Ley 2107/96-CR, adiciona al inciso 11 del artículo 333, el párrafo correspondiente:

“Se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio”.

El Proyecto de Ley 1716/96-CR, incorpora una nueva causal, independiente de las demás, de esta manera:

12.- Separación de hecho, cuya duración haya sido no menor de dos años continuos.

Artículo 335.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio, *excepto cuando la acción invoca la causal prevista en el inciso 12 del artículo 333.*

Se ha indicado entonces que la separación de hecho viene a ser una situación de hecho o fáctica, en la cual pasan los cónyuges, es decir no debe existir una previa decisión jurisdiccional para quebrantar los deberes que nacen del matrimonio, como es el de la cohabitación, ya que es la voluntad de uno de los cónyuges o de ambos.

Con relación a invocar la separación de hecho para que se determine el divorcio, en este aspecto el juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, para lo cual se analizará los aspectos subjetivos inculpatorios, con la finalidad de que se pueda determinar una indemnización o el monto que se debe resarcir.

Como ya se ha indicado líneas arriba la separación de hecho se puede tomar como una causal para el divorcio, que se encuentra regulada en el inciso 12 del artículo 333 del código civil, la cual es de naturaleza objetiva y subjetiva, ya que no se

verificará con el simple hecho de la separación física de los cónyuges, ya sea permanente o definitiva, sino también se verificará la intención de uno o de ambos de no querer seguir o reanudar la vida en común como esposos.

Para la configuración de esta causal es necesario tomar en cuenta tres elementos o requisitos como son: material, psicológico y temporal.

Respecto al elemento material se refiere al cese de la cohabitación física de ambos cónyuges, lo que se trasluce en la no realización de la vida en común como pareja, debiendo precisar que esta cohabitación física puede darse cada uno en distintos lugares como también dentro del hogar conyugal, esto relacionado a ocupar habitaciones distintas.

El elemento psicológico está relacionado a que ya no existe voluntad de reanudar la vida en común, debiendo dejar en claro que esta causal no se configura cuando dicha separación se produce como resultado de una actividad laboral, por ello en el proceso de divorcio por esta causal, se deberá acreditar que dicha interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor.

Finalmente, con respecto al elemento temporal tenemos que se configura por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges, es decir a los 2 años si no han procreado hijos y cuatro años si los tuviere pero que no hayan alcanzado la mayoría de edad.

CAPÍTULO 2

2.1. Responsabilidad Civil

2.1.1. Etimología

Etimológicamente la palabra "responsabilidad" viene del vocablo responderé que significa constituirse en garante. Actualmente, sin embargo, se considera que dicho término se refiere a la obligación que pesa sobre una persona de resarcir o reparar el daño sufrido por otra como consecuencia de la actuación de aquella.

Para DE CUPIS la responsabilidad civil es "La obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso". El tratadista BOFFI BOGGERO, por su parte, da por lo menos cinco acepciones del término responsabilidad, entendiendo a esta institución: "a) como situación económica obligada; b) como deber jurídico de cumplir una prestación; c) como deber jurídico de realizar una determinada conducta por no haber cumplido, sin excusa válida, con la prestación a que se estaba obligado; d) como deber jurídico de responder por el acto de otro; y e) como deber jurídico de responder por el hecho de las cosas".

Esta primera aproximación nos da la idea de que la responsabilidad civil es la obligación que la ley impone a un determinado sujeto de resarcir el daño causado a otro; obligación que presupone un vínculo entre la conducta del agente y el daño, o dicho de otro modo, una relación de alteridad entre responsable y damnificado, y que se traduce en el deber de proporcionar una compensación a aquél que ha sufrido un daño o menoscabo en sus bienes o intereses, en virtud de la conducta humana o de ciertos hechos.

Sin embargo, esta noción un tanto abstracta no nos dice nada acerca del contenido de esta institución ni de los elementos que la integran. Por ello, previamente a cualquier conceptualización sobre la responsabilidad civil debemos preguntarnos lo

siguiente: ¿cuándo hay responsabilidad civil? y ¿cuáles son los elementos para que se ponga a cargo de un sujeto el deber de resarcir el daño causado?

La doctrina tradicional ha considerado que la responsabilidad civil abarca dos grandes supuestos: el incumplimiento de una relación jurídica predeterminada, cualquiera fuera su origen, y el incumplimiento de un deber genérico de prudencia y diligencia impuesto a todo el mundo - el llamado "naeminemlaedere". Se ha entendido que estos dos supuestos son los dos grandes hechos generadores de la obligación de reparar, que dan lugar, a su vez, a la llamada responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente.

Por otro lado, para identificar claramente los límites entre ambos regímenes, se ha sostenido que mientras el acto ilícito nace por la infracción antijurídica y culposa de los mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico a la generalidad de las personas, la responsabilidad contractual nace por el incumplimiento culpable de los deberes u obligaciones contractuales. Esta es la pauta que, a grandes rasgos, ha dominado en casi todos los códigos civiles del sistema romano -germánico; y esa es la misma pauta seguida también por el Código Civil peruano, donde el legislador optó por un tratamiento diferenciado de los dos campos de la responsabilidad civil, adhiriéndose de esa manera, a la suma división de esta institución.

2.1.2. Aspectos preliminares

La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnización por daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (principalmente contractual), o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

En este contexto, debemos señalar que cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual*, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la *denominada responsabilidad civil extracontractual*.

El arduo debate doctrinario sobre la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuyo mayor argumento a favor constituye el de contribuir a la solución de conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños, escape a las propósitos del presente trabajo, no obstante a lo cual queremos manifestar nuestra adhesión a la posición que plantea que si bien existen elementos comunes, como a continuación se indicaran, igualmente concurren diferencias que justifican su distinción, como es el caso de su origen, pues mientras la responsabilidad civil extracontractual surge del incumplimiento de un deber jurídico genérico, la responsabilidad civil contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado relación jurídica obligatoria.

El Código Civil de 1984 adopta esta posición, al haber regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil, aunque desde luego esto no debe ser una atadura a las intenciones de su cuestionamiento, como lo evidencia la doctrina moderna que desde hace mucho tiempo es unánime en que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

2.1.3. Elementos

Antijuricidad

Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o, mejor dicho, una conducta antijurídica, es cuando ésta contraviene una norma prohibitiva, y cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

La posición descrita ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos y atípicas en cuanto, a pesar de no estar reguladas, en esquemas legales, la realización de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Empero, es menester precisar que este concepto de la antijuricidad, en el sentido amplio, no se acepta sino el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica

y no atípica, pues ella resulta de la concurrencia de los siguientes supuestos: a) Incumplimiento total de una obligación, b) Cumplimiento parcial, c) Cumplimiento defectuoso, o d) Cumplimiento tardío o moroso. Por ello, se sostiene acertadamente que en el ámbito de la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad-típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321 del Código Civil, mientras que la antijuricidad-atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y materia (no formal), fluye de los artículos 1969 y 1970 del acotado código, pues en ambos se hace referencia únicamente a la producción de un daño, sin especificar el origen del mismo o la conducta que lo hubiera podido ocasionar; entendiéndose que cualquier conducta, con tal que cause un daño siempre que sea antijurídica, dará lugar a la obligación legal del pago de una indemnización.

Daño causado

El daño es el menoscabo, deterioro, lesión; dañar es maltratar, estropear, perjudicar, lesionar. La voz proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa, y del indoeuropeo *dap-no*, pérdida, gasto. En términos generales el daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cual sea la causa, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin intervención del hombre.

En efecto, el menoscabo, el deterioro, la pérdida o destrucción, la privación o avería, el estropicio o impedimento, el malogro o la lesión son algunas de las acepciones del vocablo daño: *"En términos vulgares, llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimente en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre."*

El maestro Taboada²⁵, señala que, en sentido amplio, *"se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión"*.

²⁵ TABOADA L. *"Elementos de la Responsabilidad Civil"*. Lima – Perú. Editorial Grijley, 2001, p. 29

El jurista Fueyo²⁶ señala que “Desde estas acepciones se parte para identificar el concepto jurídico que inicia su concreción eliminando notas inadecuadas para este ámbito, como son los hechos meramente naturales y luego los que se causa la persona a sí misma”. En efecto, lo importante está en que la noción jurídica abarca todas las afecciones que pueda sufrir el sujeto de derecho en su persona y en sus bienes, y la circunstancia que el derecho entiende a ese daño por ser la base de las penas y de las indemnizaciones, pero sólo en la medida en que la lesión es consecuencia de la conducta ajena

El daño en la actualidad constituye el elemento fundamental, aunque no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Tan importante es este aspecto del daño producido, que hay quienes han preferido denominar la responsabilidad civil como “*Derecho de Daños*”, como un sector autónomo del ordenamiento jurídico. Derecho de daños, es la traducción literal de la expresión anglosajona Law of Torts el cual engloba en sí, el tratamiento general de la jurisprudencia sobre los distintos supuestos de responsabilidad extracontractual, y que consiste en el estudio de un subsector del Derecho Privado Patrimonial, en el que el nacimiento de las obligaciones se producen a consecuencia de la realización de una serie de actuaciones y omisiones de carácter negligente, que conlleva a la necesidad de reparación a favor del perjudicado.

No debe olvidarse que el hombre es un ser social, que se vincula en su vida de relación social con otros hombres para la satisfacción de sus múltiples necesidades de carácter también social, y que en cuanto dichas necesidades o intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico se elevan a la categoría jurídica de derechos subjetivos. Una concepción meramente formal de los derechos subjetivos, no nos permite comprender el problema de los derechos en su esencia social, y tampoco nos permitirá entender que la responsabilidad civil, antes que todo, es un sistema de solución de conflictos sociales, de conflictos o problemas entre individuos que se desenvuelven en un determinado ambiente social, en un momento histórico y político determinado.

Una vez delimitado en términos amplios el concepto del daño y habiendo hecho énfasis en el aspecto social de los derechos subjetivos, podemos concluir señalando

²⁶ FUEYO F. “*Derecho Civil, De las Obligaciones*”. Santiago de Chile, 1958, p 258

que el daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal.

Relación de causalidad

La Relación de Causalidad constituye un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985 la teoría de la causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321 la teoría de la causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías, nos llevan al mismo resultado.

La relación de causalidad también desprende dos figuras concurrentes en ambas clases de responsabilidad civil: 1) *la concausa*, que se presenta cuando el daño es el resultado del actuar conjunto del imputado y de la víctima, pero que origina la exención de resarcir cuando prevalece la participación de éste último, y, b) *la fractura causal*, que se presenta cuando concurre una conducta productora del daño que fractura el eventual nexo de causalidad de la otra conducta del imputado. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

Factores de atribución

Los Factores de atribución son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad.

El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad, es decir, sea esta de naturaleza contractual o de naturaleza extracontractual.

La responsabilidad contractual comprende la culpa como factor de atribución, el cual a su vez se clasifica en tres grados: a) la culpa leve; b) la culpa grave o inexcusable; y, c) el dolo.

La responsabilidad extracontractual comprende la culpa y el riesgo creado como factores de atribución, los cuales a su vez se clasifican: a) el dolo; b) la culpa; y, c) el riesgo creado.

2.1.4. Funciones

Función resarcitoria

La función primaria de todo sistema de responsabilidad civil es proporcionar a quien sufre un daño injusto los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. En efecto, la responsabilidad civil cumple el importante papel de comprender una serie de dispositivos destinados a resarcir el daño causado, para lo cual se requiere un hecho antijurídico imputable a un autor.

Función punitiva

La responsabilidad civil pretende, desde sus orígenes, sancionar al culpable de un acto moralmente censurable'. Esta finalidad que tuvo un protagonismo menor en los últimos años, retoma un lugar en varios ámbitos en los que la noción de "pena civil" sirve para censurar conductas reprensibles, como en los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y en general, en los daños masivos.

Función preventiva

La función preventiva de la responsabilidad civil es también denominada "*tutela inhibitoria*", consiste en una serie de acciones (medidas cautelares inhibitorias, injunctions, daños punitivos, etc.) destinadas a actuar antes que el daño se produzca.

La función preventiva modifica el elemento central y tradicional de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar con anterioridad, ante la mera amenaza, lo cual Importa reconstruir uno de los principios básicos del sistema: *no hay responsabilidad sin daño*. En este sentido o se considera que la tutela es una rama diferente, o bien se la considera incluida dentro de la responsabilidad, que no será solamente por daños, sino genérica: responsabilidad civil.

La tutela inhibitoria, tanto definitiva como cautelar, ha sido reconstruida a partir de sus orígenes romanos, vinculados a la defensa de la propiedad. Actualmente proponemos proveer de instrumentos inhibitorios para la defensa de los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra la protección del consumidor, del ambiente, de la persona.

La tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación. El aspecto señalado determina la configuración de determinados rasgos característicos de la presente función:

- a) La prescindencia de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la mera amenaza.
- b) El acto ilícito es normalmente una actividad continuativa o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito.
- c) La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido.
- d) La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.
- e) El perjuicio que se concretiza por lo general no es monetizable.
- f) La amenaza de perjuicio por lo general está referida a bienes infungibles porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

La función preventiva de la responsabilidad civil ha sido puesta de relieve sobre todo por los autores del llamado análisis económico del derecho, si bien se ha hecho más desde la perspectiva de los costes que desde una óptica disuasoria. Simplificando mucho la cuestión, puede decirse que de lo que se ocupa esta corriente metodológica es, sobre todo, de la relación entre daños, su prevención y el coste óptimo de ésta.

Los postulados del análisis económico del derecho en la presente función son los siguientes:

- 1) La responsabilidad civil debe cumplir también una función preventiva de carácter primario, esto es, la destinada a la reducción del número de accidentes mediante medidas de prevención.
- 2) Las medidas de prevención que deben adoptarse en una actividad dada alcanzan el coste óptimo cuando su coste sumado al de los daños resultantes con posterioridad a la adopción de tales medidas sea el mínimo posible. En este sentido, la diligencia exigible está constituida por la adopción de todas las medidas de seguridad cuyo coste sea inferior al del daño en sí, multiplicado por la probabilidad de que se produzca.
- 3) La protección contra un daño sólo deberá implicar el gasto de una unidad complementaria de recursos cuando su coste sea inferior al del daño evitado.

El inconveniente de los postulados del análisis económico del derecho es que sólo resultan útiles en el ámbito de la responsabilidad civil cuando el coeficiente de error en la operación de previsibilidad de cada uno de los costes es prácticamente despreciable, cosa nada fácil de alcanzar, al depender normalmente de elementos muy aleatorios, que con frecuencia hacen poco fiable la operación con datos estadísticos.

En otro orden de cosas, no deja de ser criticable el hecho de que en el método sustentado en el análisis económico el concepto de negligencia venga determinado por parámetros de eficiencia de recursos y optimización de costes y no en consideraciones de otra naturaleza como la adopción de las medidas necesarias para reducir en lo posible el número de accidentes, aunque las medidas de prevención superaran los límites de lo económicamente eficiente. Ello, naturalmente, dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad (no debe considerarse negligente la falta de adopción de medidas de prevención cuyo coste sea desproporcionado en relación con el de los daños que pueden evitarse en tales medidas).

2.2. El daño

El menoscabo, el deterioro, la pérdida o destrucción, la privación o avería, el estropicio o impedimento, el malogro o la lesión son algunas de las acepciones del vocablo daño que *"En términos vulgares, llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimente en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre"*.

La idea de que el daño es el menoscabo a un bien, implica dar un concepto demasiado amplio y general que le resta trascendencia. Entonces se debe relacionar este menoscabo con el derecho para así lograr precisarlo. En efecto, desde estas acepciones se parte para identificar el concepto jurídico que inicia su concreción eliminando notas inadecuadas para este ámbito, como son los hechos meramente naturales y luego los que se causa la persona a sí misma (Fueyo²⁷).

De esto resulta que a la idea del menoscabo a un bien se le agregue la de que se ha producido en violación a una norma jurídica (antijuridicidad) y la de hacer nacer la responsabilidad de la persona. Empero, la presente idea de la lesión a un bien,

²⁷ *Ibíd.*

aunque ampliada y mejorada, sigue siendo errónea, pues produce un efecto multiplicador en relación a la cantidad de bienes lesionados (físico - patrimonial - espiritual - psíquico - estético - lucro cesante – lucro emergente - privación de uso en sí mismo - etc.).

En este sentido, decir que daño es la lesión a un bien a un derecho subjetivo también es erróneo porque es algo muy difuso. Hay derechos subjetivos que no dan al resarcimiento, pues son solo interés de hecho.

Descartando la idea del daño como la lesión a un bien, nos quedan dos posturas a analizar: 1º) la primera es aquella que sostiene que daño es toda lesión a un interés jurídico, siendo el interés, según BUERES, el núcleo sobre el que gira el derecho subjetivo. Donde interés es la facultad para lograr satisfacer cierta necesidad; y, 2º) la segunda es la que apunta al efecto o secuela del daño (sobre la que se amplía en el punto del daño extrapatrimonial), sin definir a este con precisión; fundándose sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica, cualquiera fuera la naturaleza patrimonial o no del derecho lesionado. Si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos y consecuencias de la lesión.

En definitiva, el DAÑO sería “toda lesión a un interés legítimo”. Debemos hacer una distinción en cuanto a la lesión a un interés lícito o un interés serio (implica algo más que una mera relación circunstancial). La importancia de esto es que aquí va a surgir la calidad de damnificado y con ella el derecho a ser indemnizado. Es evidente que casi siempre el ilícito afecta a un gran número de personas, además de la víctima inmediata, que vienen a sufrir por repercusión o reflejo las consecuencias de ese acto.

2.2.1. Clases de daño

Daño patrimonial

El daño patrimonial es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren los bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante)

por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por un modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

Daño extrapatrimonial

a) Una primera teoría sostiene que deriva de la clase de derecho subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento. Esto significa que, si el ataque y consiguiente detrimento recae sobre un derecho subjetivo extrapatrimonial, es decir, sobre los derechos personalísimos que por naturaleza son extrapatrimoniales, es daño moral. Por este camino se llega a que el daño más que la violación a un derecho del sujeto lo es de la norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Lo ofendido es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*, aun cuando tales derechos o bienes que no tienen mensura económica por origen y destino, estén dirigidos con exclusividad a obtener ganancias lucrativas.

Esta teoría se aleja del elemento que es soporte de los efectos del acto, para considerar una cobertura de ese elemento que está en el orden jurídico mismo, en la envoltura jurídica que da cauce al goce del algo sufrido: el derecho. Pero lo dañado no es el derecho que sigue incólume frente al ataque, sino el objeto ofendido o disminuido por ese ataque. El derecho, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y una reacción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo - normativo que protege a ese objeto.

La teoría no puede explicar por qué un derecho patrimonial, puede derivar en un daño moral para el sujeto, y sin embargo, hay cosas que contienen ambos valores, también los extrapatrimoniales de afección, además de sus valores intrínsecos propios de la materialidad y valoración dineraria. Debe recurrir como subterfugio para comprender este supuesto, a la idea del daño indirecto.

b) La segunda apunta al interés afectado, sosteniendo que tal interés viene a ser un poder actuar reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción, sería un interés legítimo o jurídico que vendría a importar el contenido de un derecho subjetivo. Con una visión más amplia se admite el interés simple, el cual vendría a ser la expectativa de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción.

Esta teoría es una variante casi inapreciable de la anterior y con igual efecto en la

medida, desde ya, que ciña la noción de interés al aspecto referido de poderse obtener el objeto de satisfacción (facultad del sujeto), se conciba este poder como un derecho o no. Rebasa también aquí el problema del daño y del algo dañado, para hacer residir el efecto del ataque en una consideración exterior y no para asimilar lo que precisa y directamente soporta la ofensa. El interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder o poder reducido a partir de la ofensa o perjuicio. Ellos no son, por tanto, los menoscabados. A menos que se haya perdido completamente el objeto y por lo tanto el derecho y el interés - facultad.

c) La tercera teoría, se ubica en el resultado o la consecuencia de la acción dañosa, y en ese resultado con toda propiedad concentra las miras de su caracterización. De modo que si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (en sentido general y no jurídico) inmaterial y no valuable en dinero, es daño moral; si patrimonial y mensurable en moneda, es daño material.

El daño jurídico (teorías del derecho y del interés, poder de satisfacción), no conforma en las expectativas de la realidad del análisis como el daño de hecho, al cual Mosset²⁸ se refiere, que es disminución o pérdida de idoneidad para satisfacer necesidades del lesionado. Pero no podría ser tal, la supresión de alguno de esos bienes.

En el derecho privado, su faz extracontractual separa los elementos que la conforman: la relación de causalidad, antijuridicidad, voluntariedad, imputabilidad y daño. De igual modo en el área contractual, la teoría de la reparación destaca el daño, independientemente de la norma incumplida (antijuridicidad), del incumplimiento o de la mora y de la culpa dolo (imputabilidad).. El que está en juego es el elemento daño no algún otro (antijuridicidad, voluntariedad). Por ello se habla de daño material o moral. A diferencia del privado, el derecho penal puede prescindir del daño; puede no haber un objeto dañado.

La primera de las teorías inapropiada desde que se adscribe al elemento antijuridicidad, olvidándose del daño. Se llegaría al extremo, en el orden probatorio, de acreditar simplemente la acción contraria al derecho, sin necesidad de comprobar

²⁸MOSSET I. "*Daño de Hecho y Daño Jurídico*". 1998

la existencia de algo dañado que permite establecer la entidad del daño.

Por el mismo razonamiento no comparte la teoría del interés, tal como se la ha concebido en los estrechos límites del poder de satisfacción. En realidad, el poder de satisfacción del derecho se adscribe al sujeto que lo tiene conferido por el derecho subjetivo. Es parte de ese derecho, como una de sus fases. El daño se acarrea no a ese poder del sujeto, sino a un bien o soporte, materia o inmaterial, del sujeto. No se menoscaba el señorío del sujeto, sino su patrimonio o manifestaciones personales que le acompañan como persona (honra, libertad, cuerpo, intimidad).

El poder de satisfacción del derecho no tiene entidad mayor o menor. Si la tiene el daño sobre el objeto dañado. Y estos puntos de mira, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permitan evaluarlos en mas o en menos según su gravedad.

Según esta visión la tercera teoría sería la más completa jurídicamente hablando pues se detiene y saca provecho del elemento Daño que la ley hace imprescindible en la reparación del derecho civil o privado. ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el hecho ilícito?. Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña); ni el poder actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción (éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas y cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral.

Ahora la duda que cabe es sobre la claridad de la definición de Daño como ente o instituto que han tratado de dar las tres teorías desarrolladas. Pareciera ser la tercera la más acorde a la realidad, pero deja un cierto gusto a poco, en cuanto no define con certeza al daño, sino que nos habla de las consecuencias de éste, o sea, de lo que produce y sobre lo que afecta (patrimonio o espíritu de las personas).

Nos deja la insatisfacción de no poder saber, en realidad, ¿qué es el daño? sabemos cuál es la consecuencia del daño, y según esto a qué tipo de daño nos estamos refiriendo (moral o patrimonial). Pero conocida la consecuencia ¿nos es posible definir al daño? no se puede definir por sus consecuencias, pues son cosas distintas la una de la otra: una es causa, la otra es efecto. Pero también se puede dar razón en el reproche de las teorías del derecho subjetivo, y la del interés legítimo, en cuanto éstas tampoco definen al daño en sí mismo, sino que nos dicen qué es lo que afecta, sobre qué recae, pero estamos en situación parecida a la que nos coloca la teoría de

las consecuencias o efectos. Una nos dice lo que pasa a raíz del daño y la otra sobre qué recae.

Ahora para llegar a una idea, aunque más no sea aproximada, del daño ¿no cabría referirnos, previo desecho de la teoría del derecho subjetivo, por las objeciones antes planteadas, a los dos restantes? Porque, a simple vista parece que tanto la noción acerca de sobre qué elemento recae el daño, como acerca de cuáles son las consecuencias que produce, son partes integrantes del daño y producen efectos sobre la noción de la reparación.

Se prefiere tomar una idea de daño donde éste sea la afectación a un interés legítimo, pues no se considera acertada la idea de que el interés como expectativa de satisfacción no se daña, sino que se paraliza o neutraliza. Por el contrario, considero que justamente el hecho de paralizar o neutralizar el interés es dañar, y el derecho, a raíz de esa circunstancia, me otorga la posibilidad de poner en funcionamiento nuevamente la maquinaria del interés para lograr las satisfacciones a las necesidades. Se debe tomar al interés y bien o soporte, material o inmaterial, del sujeto, como parte de un todo. Y así, de esta manera, mediante la parálisis o neutralización del poder de satisfacción, tengo un menoscabo al patrimonio o manifestaciones personales que acompañan a la persona.

Con lo que se consigue darle al interés legítimo (como parte del bien o soporte material o inmaterial) entidad de mayor o menor para su valoración y posterior reparación, según su gravedad. Y por otra parte solucionar el reproche de la incapacidad para explicar la existencia del daño moral y patrimonial frente a un mismo hecho.

2.2.2. Daño Moral

La existencia y contenido del daño moral es materia de preocupación de la doctrina y por largo tiempo. Si el daño es una lesión, una pérdida o un menoscabo y tales efectos pueden sufrirse indistintamente en los bienes y en la persona misma, es lo que hace necesario averiguar en qué puede consistir la afectación moral.

Es pertinente tener en cuenta que se está ante un fenómeno anímico, que sin embargo puede tener manifestaciones externas, muy especialmente cuando la persona física sufre alteraciones, como al ser lesionada, al privársele de su libertad

de traslado, de manifestación de sus ideas, de práctica de su culto religioso, de reunión y demás semejantes.

No parece que el daño moral sea precisamente inmaterial, pero tampoco cabe sostener que sea cabalmente material si este último término no se tomó con antónimo de ideal. Que el daño moral se da en el tiempo y en el espacio está fuera de discusión, porque se trata de una afectación anímica; sin embargo, siendo psíquico no es también corporal, no se encuentra por fuerza objetivado en las cosas ni en las personas.

Desde luego, debe descartarse la idea que todo daño ha de ser siempre material en el sentido de externo y sensible como lo sostuviera la doctrina y en particular ANDREAS VON THUR, al decir: *"Entendemos por daño, el menoscabo sufrido por un patrimonio. La lesión inferida a los bienes jurídicos de la personalidad no tiene concepto legal de daños, mientras no afecten el patrimonio, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada."* (citado por Tomasello²⁹)

Hay quien entiende que el daño moral ha de caracterizarse por exclusión del material, y así EDUARDO BONASI BENNUCCI, estima que la definición del daño no patrimonial es más factible en forma negativa: *"daño no patrimonial es aquel que ni aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial"*, noción con la que en definitiva concuerdan quienes ven en el daño moral una afección puramente personal no patrimonial (Bonasi³⁰).

Una consideración diferente es la que entiende que la afectación moral y la lesión patrimonial o material pueden ir unidas. Desde luego, se dice, es difícil hacer una distinción clara entre las dos, porque lo más frecuente, en la práctica, es que ambas especies se presenten juntas (citado por Tomasello³¹).

Otros inician la clasificación diciendo que debe distinguirse el patrimonio material y el espiritual de las personas. En el primero quedan comprendidos los bienes muebles o inmuebles, los valores mobiliarios y la persona física del individuo; en la noción de daño material queda involucrado tanto aquel que puede recaer en las cosas como en

²⁹ TOMASELLO, L. *El Daño Moral en la Personalidad Contractual*, Santiago de Chile, 1969, p. 15

³⁰ BONASI, BENNUCCI, Eduardo. *La responsabilidad civil*, 1958, Barcelona, p. 80

³¹ TOMASELLO, L. *Ob. Cit.*, p. 15

las personas, provenga de dolor o culpa, tenga consecuencias penales o civiles. Respecto del daño moral, aquel que va en detrimento del patrimonio espiritual o moral de la víctima, suelen distinguirse dos formas principales, según que el hecho que produce el daño tenga o no repercusiones pecuniarias para el ofendido, distinción que se criticará en otra parte de este trabajo. Según esto, es dable separar entre el daño moral puro, que es aquel que afecta al individuo en su psiquis exclusivamente, y el daño moral con repercusiones pecuniarias para el afectado, cuando el hecho provoca además del sufrimiento espiritual del individuo una disminución de su patrimonio material.

El profesor LIZARDO TABOADA, señala que por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general (Taboada³²).

Sin embargo, la doctrina establece que para hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal.

Así, por ejemplo, una mujer casada, no podría demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos y por ende merecedores de protección legal. Este requisito fundamental del daño moral fluye claramente del artículo 1984 del Código Civil, que señala lo siguiente: *"El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia"*.

³²Taboada L. *Ob. Cit.*, p. 58

Empero, pensamos que el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc. En tal sentido, pensamos que se debe interpretar el sentido del artículo 1984°, que hace referencia tanto al menoscabo producido a la propia víctima como a su familia. Además, pensamos que se debe interpretar sistemáticamente dicho artículo con el artículo 215° referido al tema de la violencia como vicio de la voluntad, pero que sin embargo nos evidencia la lógica de nuestro sistema jurídico de proteger los sentimientos por los miembros de nuestra familia, como por cualquier otra persona, siempre que lo justifiquen las circunstancias, por tratarse de sentimientos considerados dignos de tutela legal.

Es por ello que el artículo 215° de nuestro Código Civil, señala textualmente lo siguiente: *"Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias"*. Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas, sean miembros de nuestra familia o no, sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores.

El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. En el ámbito de la responsabilidad civil obligacional o contractual, el artículo 1322° se limita a señalar que *"El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento"*, sin hacer ninguna referencia al posible significado del daño moral. No obstante, lo cual, pensamos que debe aplicarse el mismo significado del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual, por tratarse del mismo concepto en ambos casos.

El estudio de las nuevas causales de divorcio o del remozamiento de la estructura normativa del divorcio nos lleva a tratar, necesariamente, el tema del daño moral como reparación para el cónyuge inocente, que se presenta como un tema de interés.

El daño moral es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la esfera sentimental del sujeto... en cuanto su expresión es el dolor, el sufrimiento.

De esta manera al afectar, el daño moral, la esfera interna del hombre se produce en él un dolor espiritual y un resquebrajamiento del alma. El actuar doloso del cónyuge culpable en el incumplimiento de los deberes conyugales que emergen de la relación conyugal implica un atentado directo contra los derechos personales como cónyuge.

De esta manera, el daño moral se deriva de los hechos constitutivos de la causal de divorcio que el cónyuge culpable realiza contra el inocente.

La causal cometida lesiona los derechos maritales por lo que merece una reparación justa e inmediata, lo que es motivo suficiente para solicitar la reparación económica por el daño moral ocasionado(Zannoni³³).

2.2.3. Daño Moral y patrimonio

Resulta casi imposible separar el daño moral del patrimonio y, no obstante, ello, en dos sentidos se tropieza con serias dificultades, el primero es cuando por daño moral se entiende el extrapatrimonial, y el segundo cuando se llega a concluir que el patrimonio es un concepto inexistente.

A partir del último extremo, en la obra de AGUILAR CARBAJAL, se encuentra la tesis que si la responsabilidad no es la fuerza de cohesión que debe mantener los elementos del patrimonio formando una unidad, se tendrá que aceptar que esa fuerza es la afectación de un conjunto de bienes a la realización de un fin determinado y, *"Como consecuencia de esta concepción, no tendremos que identificar los conceptos de personalidad y patrimonio, ni éste deberá tener los mismos atributos de aquella, si bien si existiera un nexo entre la persona y el patrimonio, será de titularidad; pero desde luego, son conceptos enteramente distintos."* (Aguilar³⁴)

Sobre estas ideas, GUTIÉRREZ & GONZÁLEZ³⁵ expresa su criterio en el sentido que *"la teoría del patrimonio es algo que a la postre desaparecerá de los textos jurídicos, y que nunca se ha incorporado a los Códigos en forma sistemática, ni se llegará a adoptar en ellos. Pero, mientras se llega a esa etapa doctrinaria en donde de manera*

³³ZANNONI, E. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 213

³⁴AGUILAR L. *"Segundo Curso de Derecho Civil"*, 1960, México, p. 28

³⁵GUTIÉRREZ & GONZÁLEZ. *"El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad"*. Puebla, 1971, p. 33.

definitiva se descarte tanto de los textos como de la docencia, la enseñanza de la llamada teoría del patrimonio, hay necesidad de seguirse refiriendo a ella para que el estudiante lector, no se encuentre perdido al escuchar discusiones sobre estos temas... Se ha dicho que los elementos que integran el contenido del patrimonio son de carácter pecuniario, y así cualquier elemento que no tenga ese carácter, escapa a la esfera del patrimonio.

Este criterio es equivocado, pues desde ningún punto de vista se puede sostener válidamente que el patrimonio responda sólo a un contenido de índole económica...gramaticalmente, ni la palabra bien, ni la palabra riqueza, se reducen a considerar la noción económica, riqueza significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa utilidad en su concepto más amplio. De aquí resulta que, si el patrimonio está formado por los bienes, no hay razón para suponer que la idea de bienes se reduzca a las cosas económicas. Tan es bien en su sentido gramatical, el tener un millón de pesos, como es de igual manera un bien tener un buen nombre, un nombre limpio ante la sociedad...

Es preciso ya que los tratadistas mexicanos y extranjeros se convenzan de que, mientras se siga usando la noción de patrimonio, ya no se le puede seguir dando a éste un contenido meramente pecuniario. Es indispensable que acepten que la noción de patrimonio es más amplia como lo es en lo gramatical; que el patrimonio, en definitiva, está formado por dos grandes campos: el económico o pecuniario y el moral, no económico o de afección, el cual también puede designársele como derechos de la personalidad."

En consecuencia, es factible que el concepto de patrimonio haya penetrado en el terreno de lo discutible, y que su vida pacífica a partir de su aparición con la obra de AUBRY ET RAU haya sido corta; pero no deja de ser significativo que se haya extendido a tales extremos, que haya llegado a abarcar, como lo señalan Planiol³⁶, tanto los bienes como los derechos y además las obligaciones y las cargas.

No hay discrepancia de fondo entre los autores de las diversas tendencias, porque, al fin y al cabo, coinciden en aceptar que lo distintivo del concepto es que todo el contenido sea apreciable en dinero. Es este dato el determinante porque si en el

³⁶PLANIOL, M. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Trad. José M. Cajica, Jr., Tomo III, s/f., p. 33

ámbito mercantil se habla del nombre comercial, de la fama o del arraigo, todos estos elementos se ponderan precisamente para determinar un valor económico.

Pero hay una cuestión no resuelta en todo lo anterior, y es si puede concebirse jurídicamente la afectación no patrimonial, llegue o no a ser valorable económicamente en su reparación, en su satisfacción. Y esto es lo que la doctrina más autorizada y reciente llama el daño moral puro, o sea el que lesiona aspectos no patrimoniales, o extrapatrimoniales de la personalidad.

2.3. La teoría de la responsabilidad civil extracontractual

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición, en virtud del cual se sostiene que la indemnización estudiada se identifica con un tipo de responsabilidad civil en sentido estricto. En esta línea, se le suele asociar con la responsabilidad civil extracontractual y por ello sujeto a los elementos característicos como son: la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y el factor atribución.

Espinoza Juan nos dice que: tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, porque se pensaba que la relación íntima entre los miembros de la familia contrariaba la posibilidad de calificar a sus integrantes como dañadores o dañados³⁷.

El profesor Plácido Alex señala que: “Se trata de un supuesto tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la trascendencia de la separación de hecho, como causal invocada y probada de la separación de cuerpos o del divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó”³⁸.

Agrega el autor citado que la responsabilidad familiar “es de tipo extracontractual al sustentarse en la existencia entre las partes del vínculo jurídico familiar que los relaciona y al que no puede extenderse el concepto de contrato al no tener por contenido obligaciones o derechos creditorios. Es verdad que en el derecho de familia los vínculos jurídicos no solo tienen contenido personal; también existen casos en que, a la vez, el vínculo jurídico familiar se refiere a relaciones personales y patrimoniales, o por lo menos tienen consecuencias patrimoniales, pero no por eso

³⁷ Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica. Lima 2003, p. 35

³⁸ Plácido, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. Diálogo con la Jurisprudencia, N° 67, Lima, 2004, p.

deja de ser primordialmente personal. en cambio, en el ámbito contractual se está frente a relaciones jurídicas de orden puramente económico. El contenido primordialmente ético de los vínculos jurídicos familiares los repara netamente de las solo económicas”³⁹

En la actualidad a decir de Herane Vives, es más frecuente verificar que los jueces comiencen a conocer demandas por responsabilidad civil, debido a hechos ilícitos que se han producido en el ámbito familiar, como, por ejemplo, las dirigidas por un cónyuge contra el otro por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; o, por los hijos contra los padres para obtener el resarcimiento de algún menoscabo material o daño moral ocasionado por la falta del reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Beltrán Patricia indica que a la indemnización regulada en el artículo 345-A debe aplicarse supletoriamente las normas de responsabilidad civil extracontractual “en tanto el matrimonio no es un contrato sino una institución que genera deberes y derechos entre cónyuges (...)” refiere la autora citada, que especialmente, en la separación de hecho se afectan los deberes de cohabitación, asistencia y fidelidad, entre otros⁴⁰.

Espinoza Juan señala que: “si es tarea del juez determinar quién es el cónyuge que resulta más perjudicado (o dañaron). Ello implica, inevitablemente hacer un análisis del comportamiento de la pareja, es decir, la culpa o el dolo. En el caso materia del pleno casatorio, la infidelidad y el maltrato físico califican el factor atribución subjetivo de dolo. Ello evidencia que el voto de la mayoría del pleno pretende tapar el sol con un solo dedo: no se puede evitar el análisis del título justificativo de la responsabilidad civil”. Agrega el autor citado: “si los hechos tienen que ser acreditados para que se compruebe quién es el “más perjudicado”, si se tiene que analizar la conducta del “menos perjudicado” (rectius, el que daña) y el pretensor (de la indemnización) tiene que acreditar el nexo causal y el daño, inequívocamente (por más que el voto de la mayoría diga otra cosa) estamos ante un supuesto de responsabilidad civil”. finalmente indica el autor “el hecho que motiva la indemnización se da por la calidad

³⁹ Plácido, Alex. Manual de derecho de familia. Gaceta Jurídica. 2001, p. 381

⁴⁰ Beltrán, Patricia. El juez que tramita el divorcio puede cesar la obligación alimentaria fijada en un proceso anterior de alimentos. Diálogo con la jurisprudencia N° 138. Lima, p. 23.

del cónyuge y esta es una situación jurídica proveniente de la relación jurídica matrimonial (que no tiene carácter contractual ni obligacional)”⁴¹.

Mediante sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 782-2013-AA tomando como referencia el Tercer Pleno Casatorio Civil, ha calificado a esta indemnización como “indemnización por responsabilidad civil familiar” (fundamento 7) y que está destinada a indemnizar el “perjuicio causado a uno de los cónyuges como consecuencia de la negativa injustificada de otro cónyuge de reanudar o continuar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que existan hechos imputables al primero (...)”.

Dante García Briceño⁴² refiere que se distinguen dos momentos para determinar la indemnización. En un primer momento la indemnización cubre los perjuicios a la persona y a la situación económica del otro cónyuge más perjudicado desde el momento de la separación de hecho de uno de los cónyuges. En un segundo momento, la indemnización cubre los perjuicios por la pérdida de pensiones o beneficios de seguro o rentas desde que se emite sentencia firme del proceso de divorcio.

Se afirma que todas las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos en tanto importan violación de deberes emergentes del matrimonio y dan luces a la sanción civil de divorcio. Y aunque esos deberes no sean, en sentido técnico, obligaciones de contenido patrimonial, su violación ocasiona un daño por lo que el perjuicio indemnizable está representado por la apreciación patrimonial del daño, aunque el contenido del deber fuese, en su origen, extrapatrimonial. Esto es así del mismo modo que, no siendo obligación –en sentido estricto- el deber de respetar la vida ajena, ello no obsta a que si se lesiona o se la quita, surja la obligación de reparar el daño causado⁴³.

⁴¹ Espinoza, Juan. Apuntes para una interpretación coherente del Tercer pleno Casatorio Civil. Diálogo on la jurisprudencia N° 153. Lima. 2011, p. 60.

⁴² García –Briceño, Dante. Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio. Universidad de Piura. 2014, p. 33-34

⁴³ Barbero, Omar. Daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires. Astrea. 1977, p. 219

Surge la interrogante, si resulta posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio, y esto puede sintetizarse en dos teorías: la teoría negativa y la teoría positiva⁴⁴:

La teoría negativa tiene los siguientes argumentos:

a) En el ámbito de las relaciones de familia rige la autoridad del pater, y se considera inviable la intervención del Estado en tales vínculos.

b) En el Derecho de Familia rige el principio de especialidad

c) No existen normas generales en el Derecho de Familia respecto de la reparación de daños.

d) Reparar los daños derivados de las relaciones de familia puede atentar contra la armonía y estabilidad de las mismas.

Por el contrario, la teoría positiva tiene los siguientes argumentos:

a) El derecho de familia ha evolucionado de manera vertiginosa en los últimos años

b) El derecho de familia no se basta a sí mismo. De este modo, es inviable que estas normas se opongan a la aplicación de las del derecho de daños, que tienen jerarquía constitucional

c) El derecho de daños

Como se puede apreciar la tesis positiva cuenta con razones justificativas más sólidas que la teoría negativa.

Al respecto tenemos que la tesis positiva, afirma la procedencia de la responsabilidad civil con relación al divorcio, porque resulta indudable que el divorcio puede traer consigo perjuicios materiales y morales graves para el cónyuge inocente. De igual forma, considera que, además de la violación de un deber legal, existe un consorte consciente y responsable, por lo que, si ocasiona un daño, ingresa en el concepto de acto ilícito. Además, sostiene que el divorcio constituye un remedio porque busca la solución a ciertos conflictos conyugales. La indemnización que se

⁴⁴Tanzo, Silvia y Papillu, Juan. Daños y perjuicios derivados del divorcio. En Revista chilena de Derecho Privado N° 16. Editorial Fundación Fernando FueyoLaneri. Santiago. 2011, p. 135

recibe del cónyuge culpable no es cuestión de lucro, sino de reparación, es decir se trata de compensar el menoscabo padecido⁴⁵.

Cornejo Chávez refiere que la responsabilidad civil depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya al matrimonio⁴⁶

Se considera que el matrimonio como de carácter de contrato y como la de institución.

El matrimonio como contrato postula que es un acto jurídico que se forma por la libre voluntad de los cónyuges del varón y la mujer, y como tal, el matrimonio tiene todos los elementos esenciales de un contrato; por otro lado, el matrimonio es una institución por las consecuencias jurídicas que genera, éste no se fundamenta, únicamente, en la libre voluntad de los contrayentes, sino que la voluntad de los contrayentes se encuentra limitada por el imperio de la ley, que establece los derechos y deberes de la relación conyugal. Por ende, los cónyuges se encuentran sometidos al conjunto de normas, derechos y deberes del matrimonio sin la posibilidad de poder negociar sobre ellas.

La responsabilidad civil extracontractual, se fundamenta, básicamente, en el principio *alterum non laedere*, por el cual no se debe causar daño al prójimo; confusamente en el derecho de familia, se establece que el daño se produce en un contexto social y no como consecuencia del incumplimiento de los deberes que derivan del matrimonio.

De lo anteriormente indicado en mi opinión y como la doctrina uniforme también lo refiere el matrimonio es una institución de la cual se derivan derechos y obligaciones, por ello, para determinar la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho es de aplicación la teoría de la responsabilidad civil extracontractual en la cual se deben aplicar los siguientes elementos: antijuricidad, el daño, relación de causalidad y factor de atribución.

⁴⁵ Reyes Chero, Elida. La indemnización al cónyuge perjudicado en los procesos de divorcio por causal de separación de hecho. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 00782-2013-PA/TC de 25 de marzo del 2015. Universidad de Piura. 2016, p. 12

⁴⁶ Cornejo Chávez, Héctor. Derecho de Familia Peruano. Gaceta Jurídica. Lima, 1999, p. 93

2.4. Elementos de la responsabilidad civil por el divorcio

2.4.1. La conducta antijurídica

La responsabilidad civil derivada del divorcio presenta como conducta antijurídica no sólo la producción del supuesto material que comprende la causal de divorcio (por ejemplo, el adulterio), sino además la propia declaración judicial de disolución del vínculo conyugal, es decir, la propia declaración del divorcio.

Empero, es menester precisar que la obligación de resarcir no surgirá ante la producción de cualquiera de las causales de divorcio previstas por el Código Civil, sino sólo aquellas en que media una actuación unilateral de uno de los cónyuges. En este contexto, determinadas causales de disolución del vínculo conyugal quedarán excluidas como el **mutuo acuerdo**.

La conducta antijurídica guarda estrecha relación con el daño resarcible, por cuanto la indemnización no sólo comprenderá la consecuencia inmediata de la comisión de la causal que origina el divorcio, por ejemplo, el adulterio sino además a las consecuencias inherentes a la sentencia que declara el divorcio, como el daño moral y el daño a la persona por la frustración del proyecto de vida de la cónyuge inocente.

2.4.2. El daño

El tema del daño plantea dos aspectos puntales: 1º) la clase de daño resarcible (daño patrimonial o extrapatrimonial); y 2º) la extensión del daño resarcible, es decir, qué perjuicio deberá ser resarcido (solo por la producción de la causal o además el producido con la sentencia de divorcio)

2.4.2.1 Clase de daño resarcible (patrimonial o extrapatrimonial)

El legislador de 1984 limita el resarcimiento sólo al daño moral, según el artículo 351 del Código Civil cuyo texto señala: *“Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.”*

No obstante la posición legislativa, discrepamos de la misma en razón de que el divorcio no sólo genera un perjuicio inmediato como consecuencia de la comisión de la causal que motivará la declaración judicial de divorcio, lo cual justificaría la limitación al *daño moral*, sino que además produce una serie de consecuencias plenamente resarcibles que no se encuadran dentro

del concepto de daño moral, sino en el de *daño a la persona*, como la frustración del *proyecto de vida de la cónyuge inocente*.

En este contexto, postulamos, acorde con la doctrina, jurisprudencia y legislación extranjera, que el daño resarcible como consecuencia del divorcio comprende tanto el **daño moral** como el **daño a la persona**.

- El **Daño Moral**, según el profesor LIZARDO TABOADA es **la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima**. Así, por ejemplo, se entiende que, en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general.

Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal. Así, por ejemplo, una mujer casada, no podría demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto se considera que respecto de los mismos nuestros sentimientos son considerados socialmente dignos y legítimos y por ende merecedores de protección legal. Este requisito fundamental del daño moral fluye claramente del artículo 1984 del Código Civil, que señala lo siguiente: "*El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*". Empero, pensamos que el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de

nacimiento, etc. En tal sentido, pensamos que se debe interpretar el sentido del artículo 1984°, que hace referencia tanto al menoscabo producido a la propia víctima como a su familia. Además, pensamos que se debe interpretar sistemáticamente dicho artículo con el artículo 215° referido al tema de la violencia como vicio de la voluntad, pero que sin embargo nos evidencia la lógica de nuestro sistema jurídico de proteger los sentimientos por los miembros de nuestra familia, como por cualquier otra persona, siempre que lo justifiquen las circunstancias, por tratarse de sentimientos considerados dignos de tutela legal. Es por ello que el artículo 215° de nuestro Código Civil, señala textualmente lo siguiente: *"Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias"*. Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas, sean miembros de nuestra familia o no, sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores. El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. En el ámbito de la responsabilidad civil obligacional o contractual, el artículo 1322° se limita a señalar que *"El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento"*, sin hacer ninguna referencia al posible significado del daño moral. No obstante, lo cual, pensamos que debe aplicarse el mismo significado del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual, por tratarse del mismo concepto en ambos casos.

- El **daño a la persona** es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta la muerte.

Dada la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o varias de sus múltiples manifestaciones. Como el ser humano es una unidad sicosomática sustentada en la libertad, los daños que contra ella se cometan pueden lesionar alguno o varios de los aspectos somáticos o síquicos del sujeto o incidir en su propia libertad. El daño sicosomático puede recaer

directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la sique. Es en virtud de la unitaria estructura sicosomática que un daño sobre el cuerpo tenga, en alguna medida, reflejos síquicos o, viceversa, un daño de esta última naturaleza repercuta en el soma.

El daño psicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática constitutiva del ser humano. Se puede lesionar cualesquiera de los múltiples aspectos que componen o integran esta inescindible unidad, ya sea que el daño afecte directa y primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique. Está demás decir que, siendo el ser humano una inescindible unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y medida, en la psique y, a su vez, todo lo que lesiona la psique se refleja, también de alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo.

Desde este punto de vista el daño psicosomático puede distinguirse en daño somático y daño psíquico, dependiendo de aquello que primaria y principalmente ha sido objeto del daño. Es evidente que se pueden lesionar simultáneamente diversos aspectos de la unidad psicosomática.

El daño a la libertad supone un previo daño psicosomático. Este último daño puede incidir, en diverso grado, en la libertad, ya sea en su dimensión subjetiva como en su expresión objetiva o fenoménica, es decir, en el ejercicio mismo de la libertad en la vida social. La primera situación puede calificarse como un "caso límite", pues lo que se impide como consecuencia de un previo daño psicosomático es que la persona, por una pérdida de conciencia de diversa duración, no pueda "decidir" por sí misma. Por consiguiente, está privada de transformar esta potencia - que es la libertad en cuanto núcleo existencial - en acto, es decir, en ejercicio fenoménico de la libertad en cuanto "decisión". En otros términos, el daño causado impide a la persona convertir su íntima decisión en una cierta conducta o comportamiento. En este caso, sin embargo, no puede aludirse a una "pérdida" de la libertad, ya que ello sólo ocurre con la muerte, sino más bien a la imposibilidad temporal de decidir por sí mismo. Esta imposibilidad de decidir por sí mismo puede presentarse en un estado de coma,

diagnosticado como irreversible, por lo que será improbable que la persona recupere su capacidad de decisión inherente a la libertad.

La expresión más frecuente de lesión a la libertad es la que incide en su ejercicio. Este peculiar daño se manifiesta o tiene como consecuencia una frustración en cuanto al ejercicio fenoménico de una decisión o elección de la persona en cuanto a su futuro, a su destino. A este tipo de daño se le conoce como “**daño al proyecto de vida**”.

Se designa como “*proyecto de vida*” el rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir, el sentido existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera. Elige vivenciar, preferentemente, ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos valiosos objetivos. Todo ello constituye el “proyecto de vida”. Lo que la persona decide hacer con el don de su vida.

El daño al ser humano en su más honda acepción es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona.

El daño al proyecto de vida “*es un hecho de tal magnitud que truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación*”. El maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO señalaba que extrañamente, “*este radical aspecto del daño a la persona y sus efectos no han sido debidamente considerados por la doctrina por nosotros conocida, la que, en todo caso, lo cataloga como un daño que afecta alguno de los derechos de la personalidad*”⁴⁷

Si bien la persona proyecta en cuanto es un ser ontológicamente libre y temporal, no todos los proyectos que se propone constantemente en el diario existir tienen la calidad que es inherente al único y radical “proyecto de vida”. El proyecto de vida, a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, El daño a la persona en el Código civil peruano de 1984 y en el Código civil italiano de 1942, en “El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano”, Editorial Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 252 y sgts.

realización personal plena, de acuerdo a su personal vocación.

Un daño psicosomático puede afectar, en cierta medida, la plena ejecución del proyecto de vida. La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, “decidió ser” o tan sólo ver menoscabada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un daño al proyecto de vida puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastrocamiento o frustración del proyecto de vida puede comprometer en diverso grado e intensidad, según los casos, el futuro de la persona. “Dejar de ser lo que se proyectó ser” puede tener como consecuencia que la vida de la persona pierda “su sentido” al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir.

El “proyecto de vida” se sustenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza. Sólo el ser humano es capaz de “proyectar su vida” ya que ello sólo es posible tratándose de un ser “libre” y, a la vez, “temporal”.

La persona humana, como se ha puesto de manifiesto, es un ser libre, ontológicamente libre. La libertad es su centro espiritual, su núcleo existencial. El ser humano es, así mismo, un ser temporal en cuando su existir tiene un comienzo y un fin “existencial” dentro del tiempo “universal”. Cada ser humano posee, por ello, su tiempo “existencial”, su alfa y su omega⁴⁸. El tiempo es inherente al ser humano, por lo que puede sostenerse que, así como el ser humano es libre es también temporal. Por ello Zubiri afirma que “el tiempo no es una pura sucesión, sino un ingrediente de la constitución misma del espíritu”⁴⁹. La persona, temporalmente, es un pasado, un presente y un futuro. El “proyecto de vida” se decide en el presente, sobre la base de la experiencia acumulada en el pasado, pero se proyecta al futuro. El pasado, como anota ZUBIRI, “sobrevive bajo forma de estar posibilitando el presente, bajo forma de posibilidad”⁵⁰

La trascendencia existencial del “proyecto de vida” ha sido puesta de

⁴⁸ Sobre la calidad de ser “temporal” de la persona humana puede consultarse de Martín Heidegger, *El ser y el tiempo*, Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, 1951

⁴⁹ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, pág. 334.

⁵⁰ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, historia, Dios*, pág. 347.

manifiesto, entre otros filósofos, por JEAN PAUL SARTRE. Para el pensador francés el ser mismo del hombre - que designa como el “para sí” - está en el futuro, emergiendo del pasado. Su expresión es el “proyecto”. De ahí que la existencia humana sea un constante proyectar, lo que significa poner el ser del hombre en el futuro⁵¹. De ahí que el filósofo galo afirme que “el proyecto libre es fundamental, pues que es mi ser”. Para Sartre el hombre es un ser escurridizo y proyectivo, un ser que “tiene que hacer su ser”.

Podemos no estar de acuerdo - como en efecto lo estamos - con la conclusión sartriana, que surge de su planteamiento existencial, en el sentido que el ser humano “es lo que aún no es” desde que su ser está en el “futuro”⁵². Pero lo que es rescatable de su visión filosófica, al igual de lo que sucede con HEIDEGGER⁵³ y otros pensadores de la primera mitad del siglo XX, es su concepción del ser humano, como un ser libre y temporal. Por ser libre y temporal el ser humano es proyectivo y, para serlo, es estimativo, es decir, capaz de vivenciar valores. El ser humano debe valorar para poder preferir “esto” sobre “aquello”. En síntesis, ello es indispensable para decidir su “proyecto de vida”, para decidirse frente a un abanico de opciones existenciales.

El daño al proyecto de vida es un daño actual, que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. Su más grave efecto es el de generar en el sujeto, que ve afectado en su totalidad su proyecto de vida, un vacío existencial por la pérdida de sentido que experimenta su vida. Son muchas y diversas las consecuencias de todo orden, aparte de la citada, que surgen como consecuencia de este singular daño al proyecto de vida. La persona lesionada en cuanto al ejercicio de su libertad se sume en un explicable estado de desorientación, de depresión, de pérdida de seguridad y de confianza en sí misma, de ausencia de metas, de desconcierto. La angustiosa situación que envuelve a la víctima puede conducirla a la evasión

⁵¹ SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, Tomo III, 1949, pág. 76.

⁵² Para Sartre el ser del hombre es inalcanzable en cuanto es sólo proyecto. Ello explica el título de su obra en la que se alude al “ser” y a la “nada”. Para Sartre el ser humano “nunca es”. No compartimos esta inconsistencia ontológica, este esfumarse el ser del hombre en el tiempo, en la nada.

⁵³ Para Heidegger el ser humano es sólo “un ser para la muerte”. Con la muerte concluye su periplo existencial. La idea de la trascendencia, que es cara a Jaspers o a Marcel, no tiene sentido dentro de su concepción filosófica.

a través de alguna adicción a las drogas o, en un caso límite, puede llevarla al suicidio.

En otras situaciones, en las que sólo se produce un menoscabo al proyecto de vida, la víctima puede no ver truncado totalmente su proyecto existencial sino sólo experimentar desazón, grave perturbación de su estado de bienestar, retardo en la ejecución de dicho proyecto u otros efectos también graves y, tal vez, permanentes.

Para ilustrar la aplicación del presente daño extrapatrimonial al área del divorcio, debemos señalar que queda claro que el divorcio frustra todo un **proyecto de vida** sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa.

No obstante, la posición discrepante expuesta, debemos señalar que el legislador estableció un caso especial en el cual puede invocarse tanto el daño moral como el daño a la persona (erróneamente denominado “daño personal”): **el divorcio por la separación de hecho**.

En efecto, la Ley N° 27495, que modificó el artículo 345 del Código Civil, estableció que *“El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una **indemnización por daños, incluyendo el daño personal** u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.”*

Al respecto PLACIDO VILCACHAHUA⁵⁴ señala que *“Se trata de un supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar, que está referido a la*

⁵⁴ PLACIDO VILCACHAHUA, Alex. - “La reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio”. Artículo publicado en “Gaceta Jurídica”. Lima - Perú. 2003. Pág. 23.

trascendencia de la separación de hecho, como causal invocada y probada de la separación de cuerpos o del divorcio, hacia el cónyuge perjudicado y que resulta de la conducta antijurídica del consorte que la motivó”.

En efecto, los daños causados son subjetivos con consecuencias personales como extra personales o patrimoniales. Las consecuencias personales están referidas al daño moral o la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto de vida matrimonial y, en no muy pocas ocasiones, se puede presentar el daño psicológico o pérdida, de diversa magnitud, del equilibrio psíquico que asume un carácter patológico. Las consecuencias extra personales son los daños emergentes referidos a los gastos incurridos en el tratamiento y recuperación del cónyuge que no motivó la separación de hecho por las lesiones corporales o los agravios psicológicos sufridos; mientras que, respecto del lucro cesante, se debe negar esa posibilidad por considerar que el matrimonio no responde a intereses personales de contenido patrimonial.

La causa adecuada se aprecia en la negativa injustificada de uno de los cónyuges de continuar o reanudar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que medien hechos imputables al otro que motiven tal estado; concurriendo, por tanto, como factor de atribución la culpa exclusiva de aquél.

Téngase presente que, para determinar la indemnización, primero se debe establecer la existencia, en el proceso que se trate, del cónyuge perjudicado. De no ser así, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar.

Establecido quién es el cónyuge perjudicado -aquél que no motivó la separación de hecho-, la indemnización asume el significado de otorgar a la persona una "satisfacción" por las consecuencias del daño causado, por carecer de connotación patrimonial. Por eso, resulta importante la prueba de los daños ocasionados a fin de permitir al juzgador definir su magnitud y, entonces, fijar una reparación acorde al daño inferido. De no haberse ofrecido tal prueba, el juzgador está obligado a fijar la indemnización de acuerdo a su prudente juicio, considerando el interés familiar protegido y lo actuado en el proceso.

Se debe insistir en el carácter obligatorio, una vez determinado quién es el cónyuge culpable, de fijarse en la sentencia la indemnización. De no observarse ello, la omisión será resuelta por el superior mediante su fijación al amparo de sus facultades de integración del fallo, conforme se dispone en el artículo 172 del Código Procesal Civil.

2.4.2.2 Extensión del daño resarcible

Respecto de la extensión de reparación del daño en el divorcio, surge la cuestión si se deben indemnizar:

- 1) El daño extrapatrimonial como consecuencia del hecho que lo determinó
- 2) El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí.

El tema ha dado lugar a una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial en Francia, donde después de la reforma de la ley del 11 de julio de 1975, se admite la reparación amplia.

1) El daño extrapatrimonial consecuencia del hecho generador del divorcio

Parece indiscutible que se debe indemnizar el daño extrapatrimonial generado por la conducta antijurídica que originó el divorcio, lo que CIFUENTES⁵⁵ denomina *la conducta productora del divorcio*.

En efecto, son resarcibles los daños que inflige al inocente el hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio probada en juicio y son, por ende, daños inmediatos. En general, se tratará del daño moral que provoca la lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente: por ejemplo, en el adulterio, se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario y malicioso del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia; en las injurias graves, muchas veces se lesionará el derecho al honor. Otras veces, se lesionarán derechos subjetivos inherentes a la persona, anteriores al matrimonio, como el derecho a la vida, en caso de tentativa de homicidio.

Por eso, en diversas legislaciones que admiten expresamente la

⁵⁵ CIFUENTES, Santos "El divorcio y la responsabilidad por daño moral" LL 1990-B 805.

indemnización de los daños causados por el divorcio se alude a los hechos que causado un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente (art 151 del CC Suizo) o que comprometan gravemente su legítimo interés personal (art 351 CC peruano de 1984) o que le han infringido una grave ofensa (art 1453 CC griego)⁵⁶

2) El daño extrapatrimonial ocasionado por el divorcio en sí

La cuestión reside en determinar también si se debe reparar el daño extrapatrimonial que ocasiona en sí mismo el divorcio, es decir si la angustia, el sufrimiento el dolor que sufre el inocente a consecuencia del divorcio debe ser indemnizado.

Cabe señalar que las secuelas del divorcio pueden dañar afecciones legítimas de los cónyuges. En este sentido se ha dicho que la declaración del divorcio frustra todo un **proyecto de vida** sustentado en el matrimonio y en la familia unida; el sujeto pierde la compañía y asistencia espiritual del cónyuge, se ve privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; el inocente es obligado a padecer la soledad a que lo condena el divorcio, especialmente cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones; la esposa pierde el carácter de mujer casada y el nivel social de esposa (Ferrer⁵⁷).

Un importante sector de la doctrina considera que estos daños no pueden ser indemnizados ya que "considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto no solo ya la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en general, y de las matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que entiendo, que la mayor parte de la doctrina tiende a valorar" que es que el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial".

⁵⁶ ZANNONI, Eduardo "Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio" LL 1994-II-823

⁵⁷ FERRER, F. "La prueba del daño en el divorcio culpable", en Revista de Derecho de Daños N°. 5 "La prueba del daño-II", s/f., p. 215

El divorcio, en suma, se impone por la fuerza de los hechos (algo así como por imperio del *res ipsa loquitur*) a causa de una situación de conflicto o de fracaso de la unión matrimonial. Es más, un remedio -aún en estos casos- aunque sea doloroso, que una situación dañosa. Porque el daño extrapatrimonial, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al culpable, y que, probadas, el juez valora y juzga (por mucho que la valoración se haga relativamente en un recorte artificioso de la realidad existencial total que han vivido los cónyuges) como "causa" de divorcio. Pero de un modo u otro la pretensión del que finalmente es considerado inocente presupone necesariamente la convicción de que es menos dañoso separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o extrapatrimonialmente insostenible (Zannoni⁵⁸).

2.4.3. Relación de causalidad

En derecho privado peruano la relación de causalidad es un indiscutible presupuesto de la atribución de responsabilidad.

Sin embargo, la exigencia de una prueba acabada de la causalidad puede constituir un obstáculo para la reparación de ciertos daños; en particular ello se evidencia en los daños nucleares, ambientales, e inclusive de los derivados de accidentes de tránsito.

En el marco del derecho de la responsabilidad familiar, la cuestión de la relación de causalidad no presenta ningún problema en los tópicos clásicos de la materia como la responsabilidad por daños derivados del divorcio. Incluso tampoco genera dificultades en temas más modernos como el de los supuestos de daños producidos por relaciones contractuales existentes entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio.

2.4.4. Factor de atribución: Culpa Grave

En doctrina fue Cifuentes⁵⁹ quien primero puso el acento en la gravedad de la culpa para ser factor de atribución. Señala el citado tratadista que solo correspondía hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados del divorcio cuando los hechos que llevaron al divorcio tienen una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en

⁵⁸ ZANNONI, E. "*Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio*", J.A. 1994, p. 822

⁵⁹ CIFUENTES. "*El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial*" LL 1990 -B-805

las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, provocan una lesión al bien extrapatrimonial que debe ser compensada con carácter autónomo. Por ejemplo, el insulto en público con un verdadero escándalo, endilgando inextrapatrimonialidades muy bajas; el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves; la gravedad de los hechos se penetra en el régimen matrimonial, por un lado, con el divorcio como punto final.

El autor citado entiende que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras.

Esta posición es seguida por CATALAYUD en el Plenario de la Cámara Civil de la Capital de Buenos Aires (Argentina), quien dice *“no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así por ejemplo será materia de reparación el daño extrapatrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violación del deber del otro, la actitud de este de haberse mostrado desembozadamente con una persona de sexo opuesto y en actitudes francamente indecorosas, impropias de una persona casada, mas no la de aquel que aun violando el deber de fidelidad, lo hizo en el recato propio de la intimidad, más allá de que pudiera haber sido sorprendido in-fraganti por una de esas cosas que tiene el destino”*.

2.5. La indemnización en la separación de hecho

El fundamento gira en torno a la concepción tradicional de divorcio-sanción, en virtud del cual se busca identificar a un cónyuge culpable y como consecuencia a uno inocente. Sobre el particular un sector de la doctrina nacional ha sostenido que “la compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges” (Plácido⁶⁰).

De esta manera el legislador, en el supuesto antes descrito, le concede al cónyuge inocente una suma de dinero por el concepto de reparación respecto al concepto del

⁶⁰ PLÁCIDO. *Ob. Cit.*, p. 36

daño moral; siempre y cuando se determine que el divorcio comprometa gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. No obstante, desde un fundamento y esquema totalmente distinto, en el derecho peruano mediante la Ley N° 27495 no solo se adiciona la causal de separación de hecho, como sustento para petitionar el divorcio o separación de cuerpos, sino auxiliariamente se regula también la denominada “indemnización en caso de perjuicio”, la que es independientemente de la pensión de alimentos.

Dejamos de lado, entonces, los hechos que constituyen la causa del divorcio (o de la separación personal), cuya reparabilidad debe ser atendida según las circunstancias de cada caso particular y nos centramos ahora en el divorcio como tal. Preguntamos, por eso, si la situación que genera el divorcio –aun para el cónyuge que, por hipótesis, no dio “causa” a él- es, en sí misma, dañosa. Sólo así podría eventualmente discutirse acerca de su resarcimiento. (Zannoni⁶¹).

La indemnización, es una compensación que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad. Generalmente se habla de indemnización de perjuicios, entendiendo “perjuicio” como aquel daño producido por el deudor o victimario, y que deberá ser compensado. Existen indemnizaciones de dos tipos, primero la indemnización contractual y se refiere a la indemnización que solicita a un acreedor cuando ha existido un incumplimiento de las normas estipuladas en un determinado contrato por parte del deudor y la segunda encontramos la indemnización extracontractual, la que se constituye cuando existe de por medio un daño o perjuicio hacia otra persona o bien de propiedad del acreedor. La indemnización aplicable al ámbito familiar asume el significado de otorgar a una persona una “satisfacción” por las consecuencias del daño causado, por carácter de connotación patrimonial. El tema de indemnización por daños en el Derecho de Familia han sido abordado por las diversas doctrinas nacional, quienes manifiestan que la responsabilidad por daños y perjuicios es de carácter extracontractual, es antijurídica en razón que constituye violaciones o deberes jurídicos legalmente establecidos y además tiene que tener la relación de causalidad como presupuesto

⁶¹ ZANNONI. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Argentina. Editorial Astrea. 2002, p. 5

de la responsabilidad y finalmente el factor de atribución entre los daños y perjuicios producidos por el divorcio con atribución de culpa. (Armas⁶²)

Los cónyuges tienen derecho a la indemnización de los daños, tanto materiales como morales, en la medida en que guarden relación de causalidad con los eventos que dieron origen a la separación. Asimismo, la indemnización se otorga como resultado de la responsabilidad civil en que hubiere incurrido alguno de los cónyuges. En este sentido, no procede la indemnización en los supuestos en que la separación se hubiese producido de mutuo acuerdo, o cuando aquella tenga su origen en el hecho de un tercero (el mandato del juez, por ejemplo). De otro lado, debe tenerse presente que la responsabilidad a que venimos aludiendo es de naturaleza eminentemente extracontractual, aun cuando se tratara de la indemnización derivada de la disolución anticipada de la sociedad conyugal. Debe descartarse la posibilidad de que la indemnización constituya un efecto de producción obligatoria en las separaciones con atribución de culpa a uno de los cónyuges. Ello obedece a que las sanciones que se pudieran imponer al cónyuge que originó la separación, no excluyen la indemnización de los daños y perjuicios, habida cuenta que dicha sanción tiene naturaleza sancionatoria, mientras que la indemnización es de naturaleza reparatoria. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el pedido de separación por causales objetivas no constituye un hecho antijurídico; por tanto, no genera obligación de reparación.

2.5.1. Indemnización por causa inculpatoria

La sentencia emitida en el III Pleno Casatorio Civil en donde se afirma que: “Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos de divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley N° 27495, es decir, el divorcio por causa no inculpatoria”.

A diferencia de la indemnización materia de análisis (que es fundamentalmente objetiva) su vital fundamento gira en torno a la concepción tradicional de divorcio-sanción, en virtud del cual se busca identificar a un cónyuge culpable y como

⁶² ARMAS. *Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el Derecho peruano*. En seminario de tesis de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2010, p. 29-30

consecuencia a uno inocente. Sobre el particular, a decir de Plácido⁶³ ha sostenido que: la compensación del divorcio como sanción se basa en la idea de que aquel se funda en uno o más incumplimientos graves o reiterados de los deberes conyugales imputables a uno de los cónyuges.

Alfaro⁶⁴ indica que el legislador, en supuesto antes descrito, le concede al cónyuge inocente una suma de dinero por el concepto de reparación respecto al concepto del daño moral; siempre y cuando se determine que el divorcio comprometa gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente. No obstante, desde un fundamento y esquema totalmente distinto, en el derecho peruano mediante la Ley N° 27495 no solo se adiciona la causal de separación de hecho, como sustento para petitionar el divorcio o separación de cuerpos, sino auxiliariamente se regula también la denominada: “indemnización en caso de perjuicio”, la que es independientemente de la pensión de alimentos.

2.5.2. Indemnización por causa no inculpatória

El segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil dispone lo siguiente: *“El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”*.

Al respecto el legislador ha configurado la citada indemnización como una medida inherente a los procesos de separación de cuerpos o divorcio, toda vez que la causal de hecho que la origina es la misma para ambas situaciones jurídicas. Esta indemnización debe ser plasmada necesariamente en una sentencia, bajo un escrupuloso respecto al principio de rogación o a pedido de parte; es decir siempre y cuando esta sea petitionada, no obstante que un sector de la jurisprudencia viene incorrectamente declarándola de oficio.

En el derecho comparado tenemos que el artículo 97 del Código Civil Español dispone que: “el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en

⁶³ PLÁCIDO. *Ob. Cit*, p. 36

⁶⁴ ALFARO. *Ob. Cit.*, p. 38

su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial”.

Se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad del matrimonio), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura.

No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

El texto normativo del Código Civil francés en su artículo 270 dispone que: *“El divorcio pondrá fin al deber de socorro entre cónyuge. Uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas.*

La prestación compensatoria tendrá un carácter a tanto alzado. Tendrá forma de un capital cuyo importe será determinado por el Juez. Sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación”.

En el modelo francés la finalidad es básicamente compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio cree en las condiciones de vida de ambas partes, en el momento mismo del divorcio. Siendo esta característica muy similar al caso peruano.

En el modelo chileno se tiene la Ley N° 19947, en la cual esta norma, se aprecia que el legislador chileno, siguiendo el diseño o estructura normativa del modelo español (capítulo IX del Código Civil), ha previsto un conjunto de reglas comunes o semejantes a las diversas formas de terminación del matrimonio; a saber, de modo ordinario: separación, nulidad y divorcio. Así los supuestos de hecho o hipótesis de incidencia para la configuración de la compensación económica, lo encontramos previsto específicamente en el artículo 61 de la citada Ley, el cual establece lo siguiente: *“Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias el hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa”*.

2.6. La indemnización en la separación de hecho de acuerdo a lo indicado por el III Pleno Casatorio Civil

La Corte Suprema ha indicado la existencia de dos tipos de indemnización en los casos de divorcio, así como el de separación de hecho. Tenemos al primero relacionado a los casos del divorcio sanción, en la cual se sustenta respecto a la culpa del cónyuge que motiva cualquiera de las causales de los incisos 1 al 11 del artículo 333 del código civil, que se le ha denominado divorcio por causas inculpatorias. Y con relación al segundo respecto al divorcio remedio denominado como causa no inculpatoria, que es la que se analiza de acuerdo al III Pleno Casatorio Civil.

De acuerdo a lo indicado por la Corte Suprema refiere que se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos relacionados al divorcio o nulidad matrimonial, es decir la consecuencia de ella que se la denomina compensación económica.

Se ha referido que para determinar la indemnización por la separación de hecho nuestro sistema jurídico lo sustenta como causa no inculpatoria, por ende, la indemnización, o la adjudicación de bienes de acuerdo a lo que dispone el artículo 345-A se deberá establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con dicha separación de hecho, asimismo esta indemnización debe comprender el

menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en la cual dentro de ella tenemos el daño moral.

De lo anteriormente indicado es necesario que para determinar dicha indemnización o adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal se debe sustentar en criterios objetivos, es decir que con la finalidad de identificar al cónyuge más perjudicado se deberá verificar que éste: a) no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

2.6.1. Naturaleza jurídica de la indemnización por separación de hecho

La Corte Suprema ha indicado la naturaleza jurídica para lo cual indica que existen varios enfoques como son:

Carácter alimentario, en este aspecto se indica que existen diferencias sustanciales con la indemnización, ya que la pensión de alimentos es generada por una situación de necesidad.

Carácter reparador, aquí se habla de que la compensación económica es de naturaleza reparadora, ya que lo que se indemniza o repara es el perjuicio que ha sufrido el o la cónyuge a raíz propiamente de la ruptura matrimonial.

Carácter indemnizatorio, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, para que se esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en la relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial.

Carácter de obligación legal, se deriva de una prestación pecuniaria a favor del otro cónyuge, con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio.

Alfaro⁶⁵ indica que se trata de una obligación legal impuesta a uno de los ex cónyuges, cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo a las circunstancias específicas pudiera producirse.

⁶⁵ ALFARO. *Ob. Cit*, p. 90

De La Haza⁶⁶, por su parte la califica como “relación obligatoria del derecho de familia” cuya existencia emana de un “mandato legal que anuda el nacimiento de la obligación a una situación de hecho con independencia del comportamiento de las partes”. En este sentido, el acreedor de esta obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo.

Carácter de responsabilidad civil extracontractual, para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse los elementos que la conforman como son

- a) el daño y perjuicio,
- b) antijuricidad,
- c) factor atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad. De acuerdo a la Corte Suprema en la separación de hecho como causal y denominado divorcio remedio no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual y tampoco la contractual.

Ahora la indemnización que prescribe el artículo 345-A del Código Civil, ha optado como el **carácter de una obligación legal**, y por ende puede ser cumplida de una vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero, o, b) la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal. De igual forma se debe tener en consideración que no solo se toma en cuenta lo antes indicado sino también el daño personal.

El sistema jurídico actual de la indemnización por la causal por separación de hecho, no tiene un carácter alimentario, asimismo se descarta que dicha indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, es decir ya sea extracontractual o contractual, más bien de lo se configura es de una obligación legal basada en la solidaridad familiar.

A decir de la Corte Suprema respecto al III Pleno Casatorio, la indemnización tiene dos componentes:

- a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y,

⁶⁶ DE LA HAZA DIAZ, PILAR. *La pensión de separación y divorcio*. Madrid. La Ley, 1989, p. 66

b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge. En cuanto al primer componente es evidente que la prestación a imponerse tiene una de naturaleza legal indemnizatoria, desde la propia norma jurídica y respecto al segundo componente el daño personal, por ende, queda claro que para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común.

Como se ha indicado no concurrir todos los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil, pero resultaría necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño a la persona con la separación de hecho.

Es decir que para la relación o nexo causal es conveniente aplicar el **juicio de probabilidad** relacionado a que si la acción u omisión del agente que produce el daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Asimismo, se debe aplicar el **juicio de procedibilidad** es decir el hecho objetivo de la separación de hecho, la cual debe ser verificada por el juez en el proceso a efectos de determinar la indemnización o la adjudicación de bienes, y finalmente se debe aplicar el **juicio de fundabilidad** en la cual se debe tener en cuenta la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios a graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado.

2.6.2. Los parámetros que se deben aplicar para determinar una indemnización o adjudicación de bienes

De acuerdo al III Pleno Casatorio Civil tenemos que, para los fines de la indemnización es importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originan con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva) que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

Con relación al primer supuesto, para indemnización que se va a determinar debe cubrir desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro cónyuge más perjudicado, por ende, para ello se deberá tener en cuenta la vulneración o afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, así como si tuvo que demandar la pensión de alimentos, etc.

Respecto al segundo supuesto con el divorcio declarado firme el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios. El desequilibrio se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro. Es decir, el menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el juez mediante la actuación probatoria y de todo lo actuado en el proceso.

Con relación al daño a la persona está inmerso lo relacionado al daño a la salud, el daño al proyecto de vida familiar.

De igual forma el daño a la persona debe comprender el daño moral, que no es más que lo que pasa el cónyuge por la separación como son: la angustia, la aflicción, el sufrimiento psicológico. A decir de la Corte Suprema como regla general para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo momento dinerario que el juez estime justo en atención a las pruebas recaudas y a lo que resulta del proceso.

La indemnización por daño moral, debe ser fijado con criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio, es decir debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad, etc.

También se debe analizar o se debe tener en cuenta algunas circunstancias como son: la edad, estado de salud, posibilidad real de reincorporarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación del hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge o a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.

La Corte Suprema ha determinado los siguientes parámetros que debe seguir los jueces para determinar una indemnización o en su defecto la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal como son:

- a) El grado de afectación emocional o psicológica.
- b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado

d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.

CAPÍTULO 3

¿LA POSICIÓN Estrictamente Objetiva de Obligación Legal ADOPTADA EN EL III PLENO CASATORIO CIVIL ES DETERMINANTE PARA LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO?

3.1. ANÁLISIS

Los daños y perjuicios en el divorcio por separación de hecho son reparables, esto es que se parte del principio general en materia de responsabilidad civil, como así lo prescribe el artículo 1969 del Código Civil en el sentido de que “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”, entonces podemos concluir que toda causal de divorcio involucra de por sí un hecho ilícito con consecuencias civiles, ya que la vulneración de los deberes emergentes del matrimonio darían lugar a una sanción civil.

Ahora en el divorcio por la causal de separación de hecho según el artículo 345-A del Código Civil el juez tiene que determinar y velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho.

Es por ello que los deberes no son de contenido patrimonial, dicha vulneración realizada por el cónyuge culpable que ocasiona un daño es merecedor de que indemnice al cónyuge que resulte perjudicado, por ende, se ha teorizado de que su origen de dicha indemnización es extrapatrimonial.

Uno de los fundamentos para determinar una indemnización al cónyuge perjudicado, es con relación al daño moral causado, esto es que dicho daño repercute en la esfera de los sentimientos, tenemos entonces que el daño extrapatrimonial o moral,

derivaría del menoscabo que sufriría el cónyuge en razón del divorcio por causal de hecho.

Se ha determinado que, en el ámbito propio del daño en el divorcio, se entra en un debate respecto a la aplicación o no de los principios generales de la responsabilidad civil como son: la conducta antijurídica, el daño extrapatrimonial, relación de causalidad y el factor de atribución. Es por ello para algunos consideran que se debe limitar a la responsabilidad por el daño que se produce por los hechos mismos que generan el divorcio, y para otros se extiende el daño producido por el divorcio en sí mismo.

Nuestra jurisprudencia ha determinado en muchas sentencias unanimidad en el sentido de que se determine una indemnización al cónyuge que resulta más perjudicado, tal y conforme lo indicamos a continuación de los extractos de resoluciones casatorias de la Corte Suprema:

Cas N° 606-2003-Lima (El Peruano 01/12/03) “En los casos de divorcio por separación de hecho los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo con su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos”.

Cas. N° 2178-2005-Lima (El Peruano 10/05/06) “(...) Los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado (...)”

Cas. N° 308-2003-Ica (El Peruano 31/03/04) “(...) en los procesos como el de autos los juzgadores deben pronunciarse necesariamente aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios (...)”

Cas. N° 1358-2005-Lima (El Peruano 30/10/06) “(...) Los juzgadores deben pronunciarse necesariamente sobre cuál de los cónyuges resulta más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada (...)”

Como vemos la Corte Suprema ha optado por un mismo criterio inclinándose por indemnizar al cónyuge más débil.

Tenemos asimismo que la doctrina al analizar el artículo 345-A, indica que no regula un supuesto de responsabilidad civil, ya que la separación jamás es fuente de una obligación resarcitoria, a pesar de que, ciertamente, puede ocasionar, desde un punto de vista objetivo, una alteración peyorativa de la situación de alguno de los separados. En ese mismo sentido también se ha indicado que la indemnización establecida por ley para los supuestos de separación de hecho, si bien lleva el nombre de indemnización por daño, no podrá ser definida en rigor como tal, pues los daños sufridos como consecuencia de la separación de hecho no necesariamente corresponden a una conducta antijurídica y culpable.

De lo anterior hemos indicado en la investigación que la obligación de resarcir no surgirá ante la producción de cualquiera de las causales de divorcio, sino como consecuencia unilateral de uno de los cónyuges, por ende la conducta antijurídica guarda estrecha relación con el daño resarcible. Ahora con respecto a la culpabilidad se verifica por la gravedad, es decir el factor de atribución, a efectos de ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionado al cónyuge más afectado por la separación.

Los jueces que administran justicia con relación a la indemnización prevista en la ley al cónyuge más perjudicado se están concediendo en base a la solidaridad familiar, no como un hecho de responsabilidad civil, asimismo el juez atiende a un elemento objetivo, respecto a las diferencias patrimoniales entre los que se divorcian, es decir quien sufre más perjuicio o daño que el otro, de igual forma se debe realizar en base al principio de equidad, a efectos de no perjudicar al otro, y con respecto al daño en estos casos se ha indicado que no se necesita probar, sin embargo esto podría determinarse mediante un examen psicológico u otro que se pueda determinar el sufrimiento por el daño causado.

La Corte Suprema en el III Pleno Casatorio ha indicado que se reconoce expresamente su naturaleza obligacional fundada en la misma ley, bajo el siguiente argumento: “para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero, b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter excluyentes y definitivas. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no

es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial”.

En el derecho comparado como las normas del Código Civil español y del Código de Familia que regulan las consecuencias patrimoniales de la ruptura prevén que el juez puede fijar una pensión compensatoria a favor del cónyuge que ve empeorada su situación (artículo 97 CC y 84 CF), pero desvinculan dicha compensación, así como el resto de medidas que pueden adoptarse, del cual sea la causa legal de separación o divorcio concurrente y de su eventual imputabilidad a uno de los cónyuges. En este contexto, la admisión de una acción indemnizatoria por los daños derivados del adulterio o de la vulneración de otros deberes conyugales, aparte de encarecer los costes del matrimonio, desvirtúa gravemente dicho principio normativo –que ha merecido, aun con matices, un alto grado de consenso entre los operadores jurídicos– y reintroduciría por una puerta trasera un sistema de separación o divorcios culposos, con la consecuencia, poco deseable, de aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales. En Europa hay todavía países cuyos ordenamientos establecen obligaciones indemnizatorias en la ruptura matrimonial si ésta es reprochable a uno de los cónyuges (artículo 266 CC francés; artículo 1792 CC portugués), pero siempre de modo expreso y como un efecto patrimonial específico de la separación o el divorcio. En el derecho español se prevé algo parecido en sede de nulidad, al disponer la ley que pueda otorgarse una indemnización al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (artículo 98 CC y, en aplicación de derecho anterior a la reforma de 1981, STS.1ª, 26.11.1985), pero fuera de este caso particular el silencio del legislador debe interpretarse como una negativa al resarcimiento de daños⁶⁷.

La exclusión de la acción de responsabilidad no rige, sin embargo, respecto de aquellas conductas que causen daño a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separable de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas. Así, pueden ser indemnizados los daños causados a la integridad física y psíquica del cónyuge, a su salud, libertad, honor o intimidad, libertad sexual o patrimonio. No obstante, la dificultad de discernir las conductas que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación matrimonial no resarcibles (particularmente, en el área de los daños psíquicos o

⁶⁷ FERRER RIBA, JOSEP. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. Barcelona. Indreot, p. 15

emocionales que subsiguen a violaciones graves de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutua) explicaría las propuestas de dotar al sistema de mayor certidumbre recurriendo al Código Penal, donde se tipifican conductas lesivas de ciertos bienes de la persona que comportan, además de la pena, la obligación civil de indemnizar. Esta remisión a los tipos penales para deslindar daños indemnizables (por ejemplo, los derivados de actos habituales de violencia domésticas, física o psíquica, el contagio doloso o gravemente negligente de una enfermedad venérea) de otros que no lo son (por ejemplo, el daño psíquico que un cónyuge puede padecer al descubrir el adulterio del otro o advertir el error sobre su paternidad) supone tomar en consideración, a efectos indemnizatorios, las convicciones sociales mayoritarias acerca de la mayor o menor reprobación de ciertas conductas, en los términos en que el legislador penal las ha asumido⁶⁸.

Sobre su esencial naturaleza jurídica obligacional el profesor Leysser León indica que: a lo sumo, como se estipula en el artículo citado, lo que puede tener lugar es una obligación indemnizatoria, siempre que el juez considere que este remedio es preferible a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Como es claro, esta alternativa remedial que se deja a criterio del magistrado, entre satisfacción en dinero y adjudicación de bienes resultaría incongruente con el sentido de la responsabilidad civil, que persigue, a la vez, finalidades de restablecimiento, prevención y punición, pero no conoce soluciones distintas del resarcimiento, ya sea por equivalente o en forma específica⁶⁹.

En el mismo parecer, en la doctrina nacional Zapata Jaén⁷⁰, al comentar este particular tipo de indemnización, señala la naturaleza jurídica que hemos planteado, de la siguiente manera: La indemnización establecida por ley para los supuestos de separación de hecho, si bien lleva el nombre de indemnización por daño, no podrá ser definida en rigor como tal, pues los daños sufridos como consecuencia de la separación de hecho no necesariamente corresponden a una conducta antijurídica y culpable; además de considerarse una indemnización por daño, equivaldría sostener que el matrimonio es en sí mismo una actividad riesgosa, y que objetivamente debe

⁶⁸ Ídem, p. 16

⁶⁹ LEÓN, LEYSER L. ¡30,000 dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimientos. Lima. Dialogo con la jurisprudencia N° 104 Gaceta Jurídica, p. 82

⁷⁰ ZAPATA JAÉN, MARÍA ELISA. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal de, en el Código Civil Peruano. Lima. Motivensa, p. 537

indemnizarse el sufrimiento de uno de los cónyuges por el divorcio causado por el otro, aun cuando este no fuese culpable: pero ni el matrimonio, ni el divorcio son actividades o actos riesgosos, por ello el ejercicio de ese derecho establecido por ley corresponde a otra concepción que es precisamente la de ampliar la protección del derecho a supuestos ajenos a la responsabilidad civil extracontractual, pero en lo que existe comprobación de un perjuicio para alguna de las partes; no obstante ello continuaremos utilizando el término indemnización, en sentido amplio incluyendo este supuesto establecido por ley.

La tendencia adoptada por La Corte Suprema en el III Pleno Casatorio Civil tenemos las siguientes:

- Se reconoce expresamente su naturaleza obligacional fundada en la misma ley; bajo el siguiente argumento: para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero, o b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter excluyentes y definitiva. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial (fundamento 54)

- En cuanto a la naturaleza de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de amicus curiae en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil, no tiene una naturaleza resarcitoria y, por lo tanto, no es un caso de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo. No es pertinente aplicar a la indemnización las reglas de la responsabilidad civil y dentro de estas, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otra. (fundamento 57).

- Para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino la de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en

cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado. (fundamento 55)

- Puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la “estabilidad económica” del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge. En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal. (fundamento 58)

- Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad común, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí.

- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo, pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento justo que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros. De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar

judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes.(fundamento 74)

Como vemos existen diferentes discrepancias teóricas en el sentido de unificar una sola teoría, es decir por un lado tenemos que el divorcio por separación de hecho tiene una naturaleza de responsabilidad civil, y por otro lado como una obligación de carácter legal.

LOS PARÁMETROS QUE SE APLICAN PARA LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO TENEMOS LOS SIGUIENTES:

1. En primer lugar, se ha determinado que es una obligación legal ya que así lo estipula el artículo 345-A del Código Civil
2. La indemnización a determinarse no es de carácter alimentario
3. Para la indemnización se debe precisar el desequilibrio económico del cónyuge más perjudicado
4. Se debe tomar en cuenta el daño personal
5. Se indemnizará utilizando un criterio equitativo
6. Se debe analizar la gravedad del daño moral no optando simplemente por una suma irrisoria
7. Otras circunstancias como: la edad, salud, reinsertarse al trabajo anterior, dedicación del hogar, hijos menores, abandono, demanda de alimentos, condiciones económicas, sociales y culturales

Como se puede observar todos esos parámetros deberían servir de base al juez para aplicar la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, es decir desarrollando cada uno de los elementos como son la antijuricidad relacionado a la vulneración de las normas, como es el caso del artículo 1969 del Código Civil en la cual el que hace un daño debe indemnizar, lo mismo con el artículo 345-A del Código Civil verificándose que ha existido un cónyuge más perjudicado acarrea ser indemnizado de igual forma, ahora con relación al factor atribución esto debe verificarse si el cónyuge actuó por culpa o dolo; de igual forma al nexo causal debe correlacionarse por ejemplo abandono de los hijos, dedicación al hogar, demanda de alimentos, etc.; finalmente el último elemento el daño que aquí se indemnizado el daño a la persona,

daño moral, daño al proyecto de vida.

3.2. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

Las sentencias según expediente que han sido analizadas tenemos las siguientes:

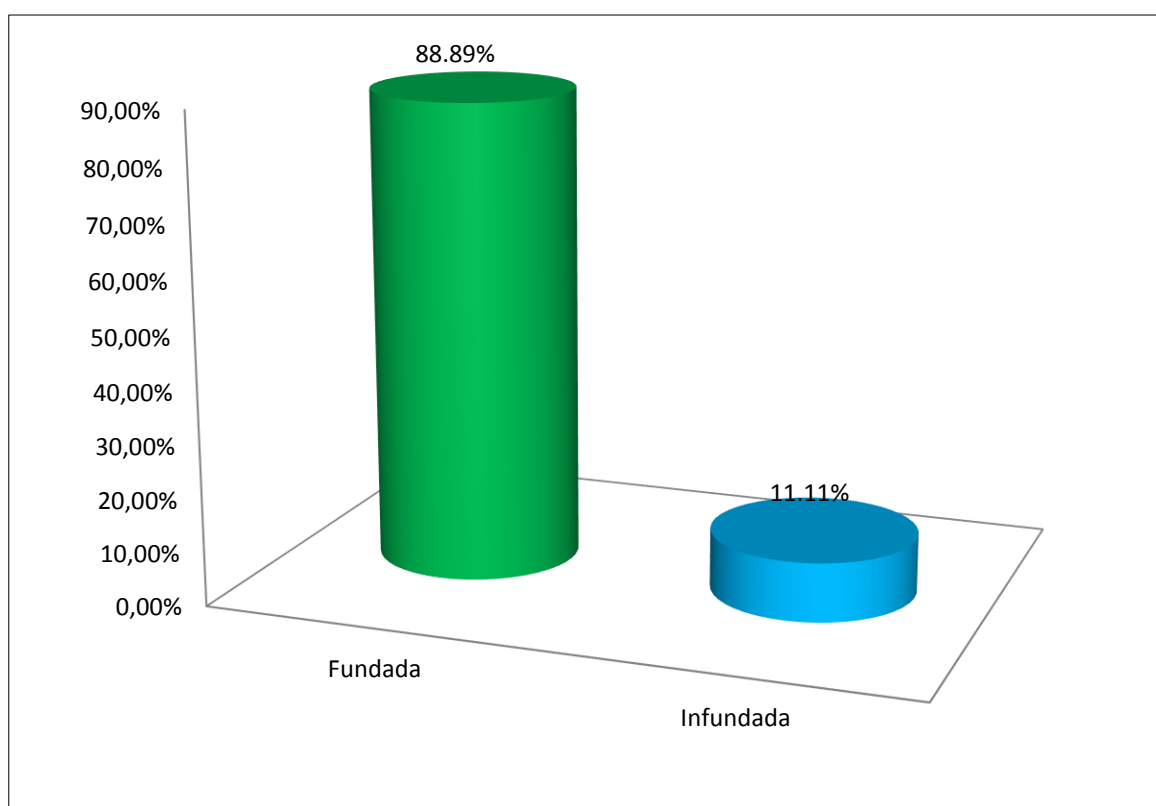
Tabla N° 01

Ítem	Expediente	Fecha de sentencia	Decisión	Monto Indemnizatorio
1	0341-2014	27/06/2016	Fundada	S/.3,000.00
2	0393-2008	12/08/2016	Fundada	S/.10,000.00
3	0720-2015	21/09/2016	Fundada	S/.1,500.00
4	0028-2009	3/10/2016	Fundada	S/.0.00
5	0044-2015	3/10/2016	Infundada	S/.0.00
6	1796-2014	11/10/2016	Fundada	S/.3,000.00
7	1981-2014	20/10/2016	Fundada	S/.0.00
8	2843-2013	17/10/2016	Fundada	S/.0.00
9	2786-2013	2/11/2016	Fundada	S/.0.00

Tabla N° 02

Decisión	Cantidad	%
Fundada	8	88.89%
Infundada	1	11.11%
TOTAL	9	100.00%

Gráfico N° 01



Fuente: Elaboración propia

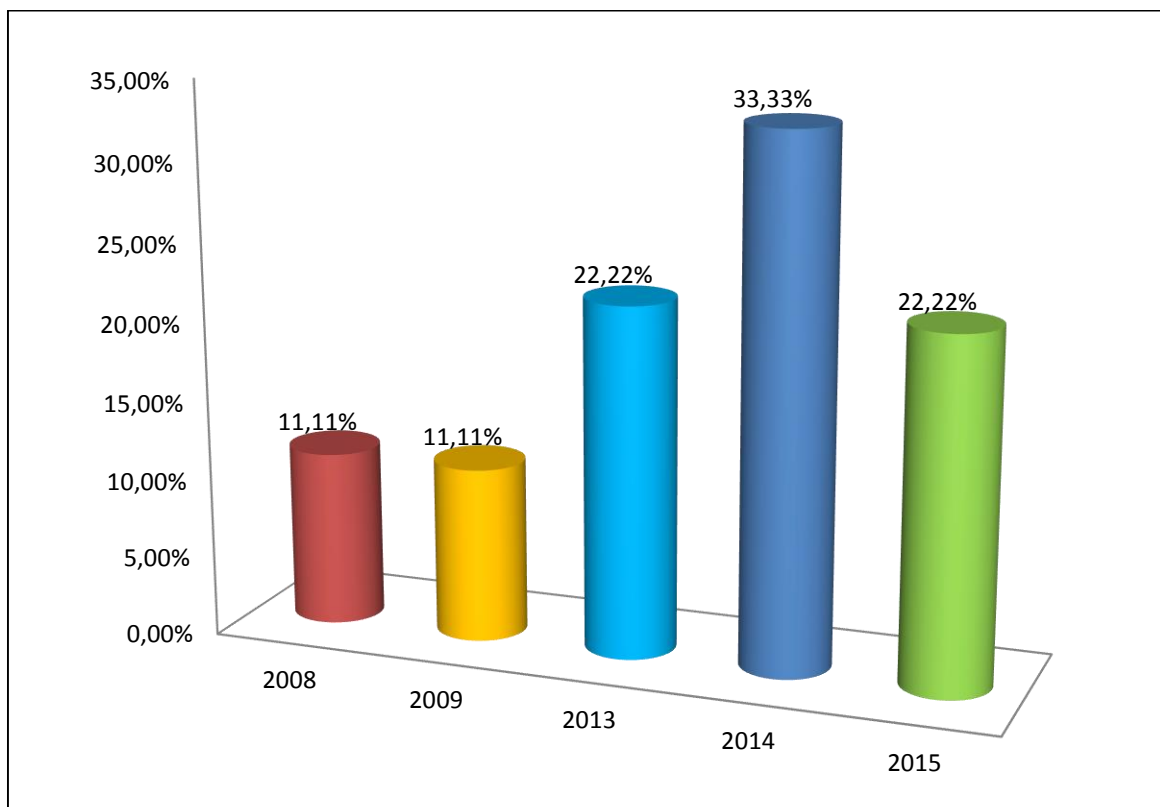
Descripción

De acuerdo a la tabla N° 02 podemos observar que de los 9 expedientes 8 corresponde al 88.89% del total de expedientes han sido declaradas fundadas y 1 que corresponde al 11.11% del total de expedientes se ha declarado infundada.

Tabla N° 03

Año	Cantidad	%
2008	1	11.11%
2009	1	11.11%
2013	2	22.22%
2014	3	33.33%
2015	2	22.22%
TOTAL	9	100.00%

Gráfico N° 02



Fuente: Elaboración propia

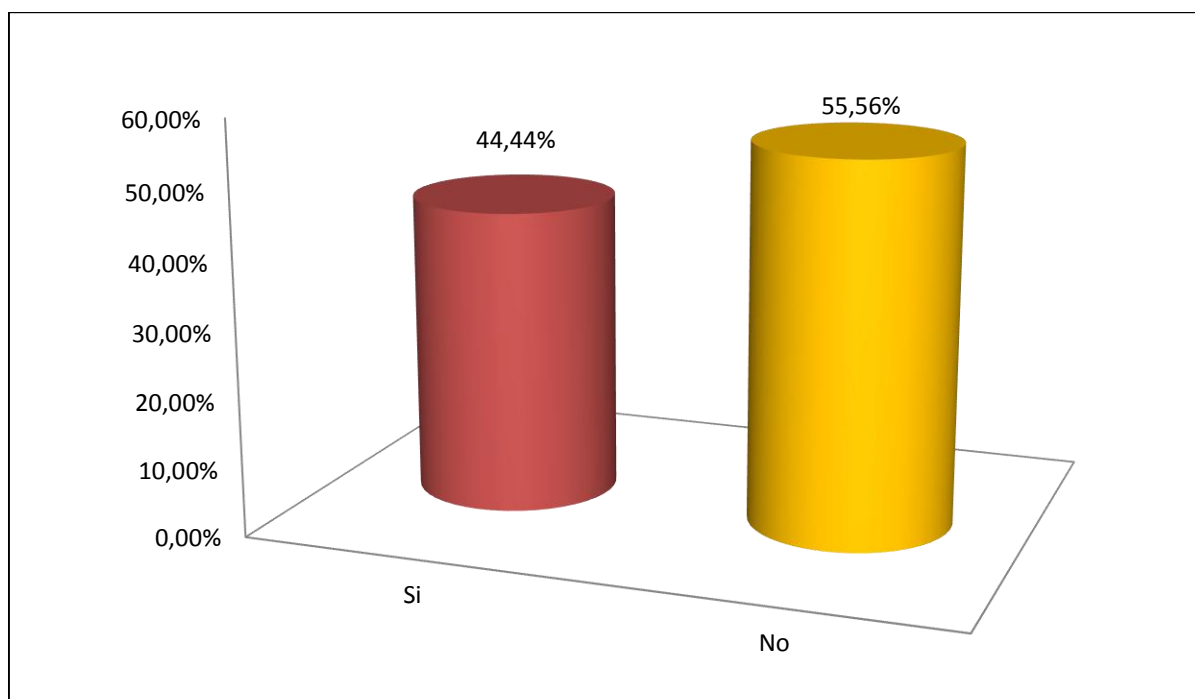
Descripción

De acuerdo a la tabla N° 03 podemos observar que de los 9 expedientes1 corresponde al año 2008 con un porcentaje de 11.11%, 1 corresponde al año 2009 con un porcentaje de 11.11%, 2 corresponde al año 2013 con un porcentaje de 22.22%, 3 corresponde al año 2014 con un porcentaje de 33.33%, 2 corresponde al año 2015 con un porcentaje de 22.22%

Tabla N° 04

Indemnización	Cantidad	%
Si	4	44.44%
No	5	55.56%
TOTAL	9	100.00%

Gráfico N° 03



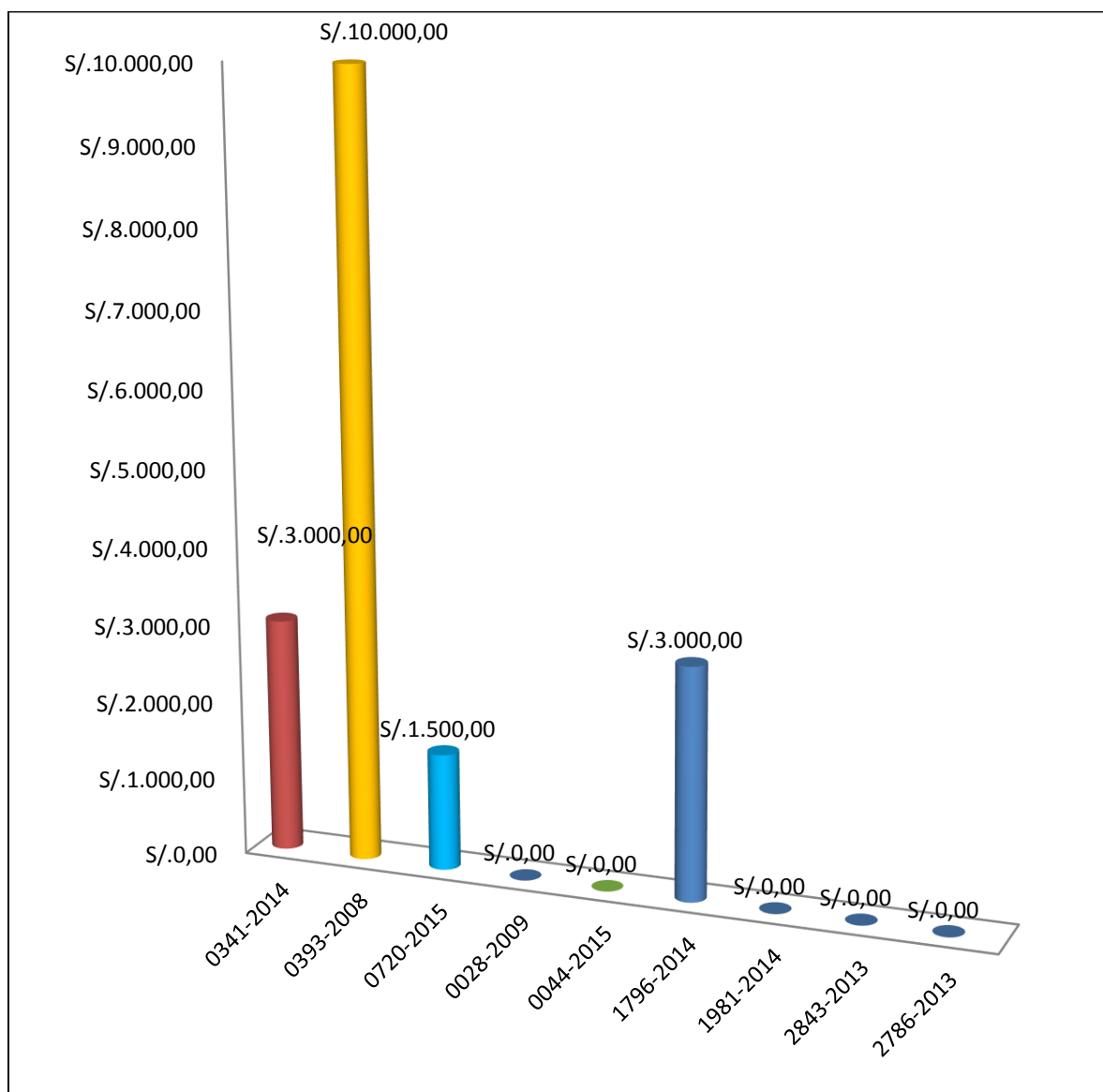
Fuente: Elaboración propia

Descripción

De acuerdo a la tabla N° 04 podemos observar que de los 9 expedientes analizados tenemos que 04 sentencias que corresponden al 44.44% se ha determinado una indemnización, mientras que 05 sentencias que corresponden al 55.56% no se tomado en consideración determinar una indemnización.

Tabla N° 05

Expediente	Fecha de sentencia	Monto Indemnizatorio
0341-2014	27/06/2016	S/.3,000.00
0393-2008	12/08/2016	S/.10,000.00
0720-2015	21/09/2016	S/.1,500.00
0028-2009	3/10/2016	S/.0.00
0044-2015	3/10/2016	S/.0.00
1796-2014	11/10/2016	S/.3,000.00
1981-2014	20/10/2016	S/.0.00
2843-2013	17/10/2016	S/.0.00
2786-2013	2/11/2016	S/.0.00

Gráfico N° 04

Fuente: Elaboración propia

Descripción

De acuerdo a la tabla N° 05 podemos observar que en el expediente 0341-2014, 0393-2008, 0720-2015 y en el expediente 1796-2014 se ha determinado como monto indemnizatorio de S/. 3,500, S/. 10,000, S/. 1,500 y S/. 3,000 Soles respectivamente, mientras que los expedientes 0028-2009, 0044-2015, 1796-2014, 1981-2014, 2843-2013 y 2786-2013, no se ha determinado monto alguno.

FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

Se debe indicar que para la emisión de las sentencias que se han declarado fundadas se ha tomado como punto de partida para determinar si corresponde o no una indemnización para el cónyuge más perjudicado, el III Pleno Casatorio Civil que tiene carácter vinculante y que dice lo siguiente: *“i) que a pesar que la causal de la separación se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para determinar la indemnización es necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa y el dolo; ii) que la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico del Cónyuge más perjudicado, y b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge, y, con relación a la asignación de la indemnización (o la adjudicación preferente), iii) que el Juez está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges cuando el cónyuges que considere tener derecho a una indemnización haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho y el divorcio en sí, a efecto que el otro consorte pueda ejercer debidamente su derecho a la defensa”.*

RESPECTO AL EXPEDIENTE 0341-2014 EMITIDA CON FECHA 27 DE JUNIO DE 2016

En el punto 11.B de los fundamentos de la decisión indica que: *“se tiene que la demandante fue víctima de violencia física y psicológica (...), el demandado cuenta con un nuevo compromiso de donde tiene dos menores hijos de 03 y 01 año; el informe psicológico practicado a la demandante evidencia indicadores de afectación emocional en su autoestima y proyecto de vida (...); del informe psicológico al demandado evidencia indicadores de inmadurez y dependencia emocional, presenta poca tolerancia a la frustración, tiende a responder de manera impulsiva, irritable y agresiva”.* En el fundamento 11.C. tenemos que: *“la demandante asumió la protección de sus hijos matrimoniales, especialmente del menor de 15 años, quien tiene dificultades motoras y de aprendizaje”.* En el fundamento 11.D. tenemos que *“(…) no se puede desconocer que para el cónyuge que asume la tenencia de los hijos es mucho más difícil afrontar las consecuencias de la ruptura, no solo porque deberá realizar mayores esfuerzos para el cuidado y protección personal de los hijos,*

sino porque el tenerlos a su lado hace más difícil que pueda concretar su nuevo proyecto de vida por la falta de cooperación del otro consorte en el cuidado de los hijos". Finalmente, en el fundamento 16 de la sentencia refiere la juzgadora que *"de lo actuado y del material probatorio que obra en autos, permite formar convicción que existe cónyuge más perjudicado, máxime, si la demandante asumió el rol de ambos padres en el sostenimiento del hogar, y que tras los medios probatorios se tiene que la demandante fue víctima de violencia por larga data por parte del demandado"*. Se ha fijado como indemnización por daños y perjuicios, siendo el demandado quien deberá abonar el monto de S/. 3,000 Soles a favor de la demandante.

Si bien se ha fundamentado conforme a los medios probatorios, la juzgadora no indica qué criterios ha tomado en cuenta para determinar la suma de S/. 3,000 soles, ya que se evidencia que la demandante ha sufrido violencia física y psicológica, así como el quedarse con los hijos, uno de ellos con dificultades motoras y de aprendizaje, lo que conlleva a gastos durante toda la vida, asimismo tienen separados durante más de 7 años, como también se tiene que el demandado nunca ha cumplido con una pensión de alimentos, por consiguiente la suma determinada por la juzgadora es irrisoria, por lo que a mi criterio se debió adjudicar el bien inmueble a favor de la demandante.

Asimismo, no ha precisado la juzgadora de uno de los parámetros como es el desequilibrio económico, y por ende la gravedad del daño moral ocasionado, ya que uno de los hijos tiene dificultades y el abandono realizado por el cónyuge ha quedado acreditado por ende creemos que la suma debió ser mayor aplicando los parámetros que hemos consignado.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 0393-2008 EMITIDA CON FECHA 12 DE AGOSTO DE 2016

En el punto 16.A de los fundamentos de la decisión indica que: *"el domicilio conyugal, lugar donde hizo abandono de hogar el cónyuge demandante (...), se evidencia que fue el cónyuge demandante quien incumplió con sus obligaciones matrimoniales"*. En el fundamento 16.B. tenemos que: *"fue la cónyuge demandada quien tuvo que iniciar proceso de alimentos, (...) con lo que se prueba que del demandante se obligó judicialmente a cumplir con su sagrado deber de manutención para con sus hijos"*. En el fundamento 16.C. *"la demandante asumió sola el cuidado y protección de sus hijos matrimoniales, lo que la ha limitado en cierta forma asumir su proyecto de vida"*.

en el campo familiar y profesional, máxime si el demandante no ha probado que dicho alejamiento se produjo por culpa imputable a la demandada o por incompatibilidad de caracteres”. En el fundamento 16.D. se indica que “corresponde valorar el dolor que experimentó la demandada (...) la interrupción de la comunidad de vida ocurrió cuando dos de sus hijos eran menores de edad, en consecuencia, que la dejación del hogar conyugal por parte del marido no solo provocó, respecto a la emplazada, el que tuviera que hacer mayores esfuerzos para afrontar sola el proceso de formación de los hijos, sino, también, que en situaciones determinadas (enfermedades de los hijos cambios de conducta en la adolescencia) no pudiera contar con el soporte emocional de su compañero”. En el fundamento 16.F, tenemos que. “la demandada es la cónyuge que ha resultado más perjudicada con la separación de hecho, toda vez que fue abandonada (lo que produce un daño moral, traducido en el sufrimiento y congoja por el abandono) por el actor, razón por la que tuvo que solicitarle una pensión de alimentos para poder coadyuvarse a la atención de las más elementales necesidades de sus hijos”. Finalmente en el fundamento 17 de la sentencia refiere la juzgadora que “(...) para el caso de autos, se encuentra en la esfera del daño a la persona (daño moral y daño al proyecto de vida matrimonial), por lo que, es necesario indemnizarla con un determinado monto de dinero; para lo cual debemos considerar que dicha justiciable es una persona de la tercera edad (70 años de edad), su salud se encuentra resquebrajada (entre los que se informa que resonancia magnética de columna cervical muestra pérdida de la curvatura fisiológica y hernia de múltiples discos intervertebrales que afectan el calibre del conducto raquídeo y de los forámenes), consideramos un monto razonable de la indemnización por el daño causado, es la cantidad de diez mil soles, cantidad de dinero que podrá servir para velar por la estabilidad económica de la actora”.

En la presente sentencia tenemos que la juzgadora ha tomado en cuenta los medios probatorios presentados por la demandada cónyuge, por ende el monto asignado como indemnización es acorde, a pesar de que en la actualidad no existe un cuadro de valores para determinar cuánto es lo que se debe pagar por indemnización, en este caso por el daño moral y el daño al proyecto de vida matrimonial, asimismo debemos destacar que la juzgadora ha adjudicado a la demandada cónyuge un inmueble, por lo que la norma indica claramente que es no puede dar las dos cosas, es decir o la indemnización o la adjudicación preferente, por ende en este aspecto la juzgadora se ha extralimitado en sus facultades.

El fundamento 77 del III Pleno Casatorio Civil indica que: la indemnización o adjudicación del consorte más perjudicado o de oficio por el juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. Parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación y, en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados.

Por ende, la Corte Suprema indica claramente que no se puede indemnizar y a la vez adjudicar bienes, o es uno o es lo otro, por lo que la juzgadora se ha extralimitado y no ha resuelto acorde a la normatividad.

Respecto al expediente 0720-2015 emitida con fecha 21 de setiembre de 2016

En el punto 18 de los fundamentos de la decisión indica que *“el material probatorio que obra en autos, permite formar convicción que ninguno de los justiciables resulta ser el más perjudicado con la separación”*. Y en la parte final del punto 19 indica que *“no existiría un cónyuge perjudicado, puesto que se realizó de manera voluntaria la separación de los cónyuges, asimismo la demandante, procreó un hijo extramatrimonial a raíz de la separación, el cual demuestra su buen estado anímico y económico, siendo por lo tanto que no hay cónyuges más perjudicado”*.

De lo anteriormente indicado a pesar de indicarse que no se evidencia un cónyuge perjudicado, la señora juez ha determinado un monto indemnizatorio de Mil Quinientos Soles (S/. 1,500), que deberá abonar el demandado a favor de la demandante por el daño moral y daño al proyecto de vida matrimonial causado.

Al respecto del análisis de la sentencia existe una contradicción con relación a lo fundamentado y a lo decidido, es decir mientras que por un lado indica que no existe un cónyuge perjudicado por otro lado resuelve que a la demandante se le pague un monto indemnizatorio por parte del demandado.

Sin embargo tenemos que en la sentencia ha existido un error al momento de analizar los medios probatorios ya que la demandante nunca tuvo un hijo extramatrimonial, siendo más bien que el demandado si lo tuvo y esto está probado conforme a la lectura de la sentencia, lo que conllevó a una separación desde más de 42 años, por ende la juzgadora debió analizar en ese sentido y poder determinar el quantum de la

indemnización, y que si bien indica que la indemnización es por daño moral y daño al proyecto de vida matrimonial, en este sentido tampoco lo fundamenta ni qué criterios toma para tomar su decisión.

Uno de los parámetros que no se ha tomado en cuenta es con respecto a la edad de la demandante, su salud, el abandono de sus hijos de hace 40 años, por lo que, si se evidencia un grave daño moral y personal y por ende se debió indemnizar no con un monto irrisorio sino acorde a los parámetros indicados, ya que también vemos que el demandado tenía condiciones económicas para poder resarcir el daño ocasionado.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 0028-2015 EMITIDA CON FECHA 03 DE OCTUBRE DE 2016

En el punto 16 de los fundamentos de la decisión indica que *“en el caso de autos, se ha logrado comprobar que el daño causado a la demandada por la separación de hecho se encuentra en la esfera del daño a la persona (daño moral y proyecto de vida matrimonial), por lo que, es necesario indemnizarla con un determinado monto de dinero”*. Posteriormente en el mismo fundamento indica que *“no existiría un cónyuge perjudicado, puesto que se realizó de la separación desde mil novecientos noventa y siete, asimismo el demandante hizo retiro del hogar a efecto de ya no mantener el matrimonio por la incompatibilidad de caracteres, por su parte la demandada no ha contestado la demanda a efectos de desvirtuar los hechos alegados por el demandante, ni por hacer uso de su derecho de defensa”*.

Al respecto vemos una grave contradicción por lo que se vulnera el principio a la debida motivación, ya que por un lado se indica que es necesario indemnizarla y por otro se indica que no existe un cónyuge perjudicado, por lo que evidenciamos en esta sentencia que no se toma criterios para fundamentar debidamente respecto a la indemnización.

De lo anterior queremos precisar que, en el presente caso, sí se debió indemnizar a la demandada ya que el demandante presenta como medio probatorio *“un certificado de abandono de hogar de fecha 22 de octubre de 1999, presentándose a la sede policial la hoy demandada, haciendo hincapié que su esposo hizo abandono de hogar aproximadamente hace dos años, dejando en desamparo a sus hijos por ese periodo”*. Al respecto el mismo demandante al presentar dicho documento probatorio está aceptando que abandonó el hogar dejando al desamparo a la familia, por ende, la juzgadora debió analizar esta prueba y determinar una indemnización por daño

moral y daño al proyecto de vida matrimonial.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 0044-2015 EMITIDA CON FECHA 03 DE OCTUBRE DE 2016

Al respecto la juzgadora ha declarado infundada el pedido de divorcio por causal de hecho, la cual estima por conveniente que no se puede amparar lo solicitado, amparándose en los artículos 188 y 196 del Código procesal ya que corresponde la carga de la prueba a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos. Asimismo, invoca el artículo 200 del mismo cuerpo de leyes indicando que la falta de probanza acarrea la desestimación de la demanda.

La juzgadora se basa en que la declaración jurada de fecha 06 de enero de 2015 en el que señala que se encuentra separada más de cinco años con el demandado, no acredita la situación real y concreta, por lo que no ha ofrecido prueba alguna que demuestre de manera incuestionable u inobjetable que efectivamente se encuentre separado de facto o de hecho de su cónyuge.

De lo anterior si bien la juzgadora ha tomado un criterio basado en la literalidad de la norma, también es cierto que la juzgadora tiene la facultad de aportar otros medios probatorios de oficio, por lo que en todo caso lo que se debió es verificar mediante el sistema RENIEC donde residen o donde indican sus domicilios, verificándose la fecha de emisión, ya que la demandante refiere que el demandado se llevó a su menor hija a la ciudad de Iquitos, aunado a ello la demandante reside en Chiclayo, por lo que creemos que es necesario también no limitarse a declarar infundado las demanda que se presentan cuando se puede resolver el conflicto de intereses ya que toda persona que acciona tiene derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Así también creemos que se debió tomar en cuenta la declaración jurada ya que es un documento que de faltar a la verdad implicaría una denuncia penal por falsedad.

Uno de los parámetros que se debió aplicar es respecto al abandono de la menor, ya que esto causa un grave daño moral en la persona, porque el cuidado lo realiza solamente uno de los cónyuges mas no el otro que se desprende de su obligación.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 1796-2014 EMITIDA CON FECHA 11 DE OCTUBRE DE 2016

En el décimo segundo considerando de la sentencia indica la juzgadora que la demandada fue el cónyuge más perjudicado con la separación y el divorcio por lo siguiente: a) la demandada es quien asume el gasto de tener a sus hijos, b) se ha limitado en cierta forma asumir su proyecto de vida en el campo familiar, c) no se puede desconocer que para el cónyuge que asume la tenencia de los hijos es mucho más difícil afrontar las consecuencias de la ruptura, (...) sino porque el tenerlos a su lado hace más difícil que pueda concretar su nuevo proyecto de vida.

En este sentido la juzgadora ha hecho un análisis respecto al abandono del hogar del demandante al dejar a sus hijos con la demandada y afrontar todas las necesidades de esta, por ende, la indemnización si es factible, sin embargo, si bien se indica un monto de S/. 3,000 soles, la juzgadora no aplica determinado que parámetros ha tomado en cuenta para determinar dicho monto, como es el desequilibrio económico, el daño personal, el daño moral, este último respecto a la gravedad ya que se hizo el abandono de los hijos, asimismo el no poder reinsertarse a la actividad laboral ya que se tenía que cuidar a los hijos, ni mucho menos se ha tomado en cuenta las condiciones económicas sociales y culturales de ambas partes, para determinar la suma irrisoria dispuesta.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 2843-2013 EMITIDA CON FECHA 17 DE OCTUBRE DE 2016

En el considerando 17 de la sentencia indica que no existiría un cónyuge perjudicado, puesto que por una parte la actora al momento de la separación deja al cuidado de su hija a los abuelos paternos, que, de la pretensión de indemnización solicitada por la demandante, y con los medios aportados no se crea convicción que sea ésta la cónyuge perjudicada, al igual forma que el demandado, siendo por lo tanto que no hay cónyuge más perjudicado.

Si bien estamos de acuerdo con la sentencia, debemos indicar que en la demanda que se presenta, se debe realizar con las pruebas idóneas ya que con solo dichos no se puede valorar debidamente, además el pretender un monto indemnizatorio, se debe tomar en consideración cuál es el daño ocasionado si es daño moral o como también el daño al proyecto de vida matrimonial, por ende los abogados patrocinadores, no deben improvisar en sus demandas, que más bien en buena

cuenta muchas veces salen perjudicando a sus clientes.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 1981-2014 EMITIDA CON FECHA 20 DE OCTUBRE DE 2016

En el punto 14 de los fundamentos de la decisión indica que *“se puede determinar que la separación fue de mutuo acuerdo, incluso la demandada califica al demandante como un buen padre, quien cumple con su obligación para con sus hijos y les da todo el apoyo moral, por lo que no se acredita que existan daños susceptibles de ser reparados, aunado a ello la demandada, reconoce que tiene un nuevo compromiso. Por su parte, el demandante en su escrito de postulación señala en su fundamento tercero el hecho que la ruptura es inevitable, y que ambas partes han formado sus propias familias, y que se encuentran concretadas hasta la fecha, y solo buscan regularizar el estado civil con sus nuevas parejas, en consecuencia, no se evidencia motivo alguno que merezca una indemnización para alguna de las partes”*.

Al respecto en esta sentencia se puede evidenciar la no existencia del cónyuge más perjudicado, debido a que se separaron de mutuo acuerdo, por ende, no corresponde una indemnización por daño moral y daño al proyecto de vida matrimonial, para ninguno de los cónyuges.

RESPECTO AL EXPEDIENTE 2786-2013 EMITIDA CON FECHA 02 DE OCTUBRE DE 2015

En el punto 16 de los fundamentos de la decisión indica que *“de lo actuado y material probatorio que obra en autos permite formar convicción que no existe cónyuge más perjudicado, máxime, si la demandada aceptando la separación y la mala relación, y el actor no ha esbozado argumento alguno en su demanda o a lo largo del proceso que reclame dicha condición”*

Al respecto no estamos de acuerdo con dicha sentencia, ya que la parte demandada ha indicado que si bien han llegado un acuerdo en separarse por incompatibilidad de caracteres, la demandada se quedó con los hijos, es más tuvo que demandar por alimentos, pasando el demandante una suma irrisoria, por ende se debió evaluar en el sentido de que la demandada al quedarse con los hijos, se truncaba de alguna manera su proyecto de vida, aunado a ello el daño moral ocasionado por todos los años de separación, por lo que creemos que se debió asignar un monto indemnizatorio.

3.3. PROPUESTA

Lo resuelto en el III Pleno Casatorio Civil se ha dispuesto que: en los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos- por causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. en consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

De lo esbozado en el primer párrafo no comparto dicha posición a razón de que se debe aplicar la teoría de la responsabilidad civil extracontractual por lo siguiente:

1. El matrimonio como institución se deriva una serie de obligaciones y derechos, y el incumplimiento da como consecuencia que uno de los cónyuges interponga el divorcio por uno de las causales prescritas en nuestro código civil.
2. Por tanto, negar la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual a los supuestos para solicitar el divorcio en el cuál se evidencia o configuran los presupuestos de dicha teoría como son: la antijuricidad, el daño, el factor de atribución y nexos causal ya explicados en la presente investigación.
3. La antijuricidad relacionado a la vulneración de la norma o a su incumplimiento, por ello tenemos que quién por dolo o culpa causa un daño está obligado a indemnizar, por ende, se cumple con el primer elemento.
4. El daño, que también está regulado en nuestro Código Civil, es decir que producto del divorcio se debe analizar quién es el cónyuge más perjudicado y por ende se le indemniza por un daño moral, sin embargo, también se le debe indemnizar por un daño al proyecto de vida como así también los autores citados lo han indicado.
5. Con relación al factor atribución, el cual se determinará si el cónyuge culpable actuó por culpa o dolo, cual análisis del juzgador deberá aplicar conforme a los hechos que se describen y correlacionarlo con las pruebas.

6. Asimismo, el elemento nexo causal, está relacionado al incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio, por ende, este elemento también es de aplicación para determinar la indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho.
7. Es necesario que se delimite adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que se pueda derivar del divorcio. Por ende, es necesario que se configure la responsabilidad, por lo que debe concurrir los elementos constitutivos antes descritos. Ya que el hecho de la responsabilidad civil debe también verse corroborada con las características propias del derecho de familia.

CONCLUSIONES

1. En nuestra normatividad civil el divorcio es un régimen complejo a todas luces, es por ello que tenemos dos tipos de divorcio, es decir las que se invocan con relación a los incisos 1 al 11 del artículo 333 del código civil denominado divorcio-sanción, y las que se invoca por las causales 12 y 13 del mismo cuerpo legal denominado divorcio-remedio.
2. La probanza de la causa inculpatoria está relacionada al divorcio sanción, en la cual se desprende de las diferentes causales como son: adulterio, violencia, homosexualidad, por haber cometido un delito, etc.; mientras que para la indemnización en la separación de hecho se aplica el divorcio remedio por causa no inculpatoria, en la cual el cónyuge o ambos solicitan el divorcio por la separación misma ya sea de 2 años o de 4 años cuando se tiene hijos menores.
3. Al solicitar uno de los cónyuges o ambos ya sea vía pretensión accesoria o por reconvencción respecto a la indemnización en el divorcio por separación de hecho el juez determinará dicha obligación legal mediante el análisis de los hechos y las pruebas si le corresponde un monto dinerario por ser el cónyuge perjudicado, esto relacionado a los daños ocasionados ya sea a la persona o moralmente, como así también puede determinar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal.
4. Para la indemnización el juez evalúa los hechos narrados y los valora con los medios probatorios aportados, es decir se toma en cuenta el daño ocasionado, ya sea el daño a la persona y dentro de esta el daño moral, así como el menoscabo económico que sufre el cónyuge más perjudicado, ya que uno de ellos abandonó el hogar conyugal y dejó a los hijos muchas veces sin el sustento

y el que tiene la tenencia se obliga a cuidarlos, dejando de realizarse profesionalmente, como sí se beneficia el otro cónyuge.

5. La naturaleza jurídica de la indemnización prescrita en el artículo 345-A del Código Civil, está determinada como Obligación Legal, por ende, no es de naturaleza alimentaria, ni tampoco de naturaleza de responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual.
6. Si bien la naturaleza jurídica indicado por la Corte Suprema es de obligación legal, mi posición es más bien de responsabilidad civil extracontractual, ya que se cumple con todos los elementos para su configuración como son: la antijuricidad, el daño, el factor atribución y el nexo causal.
7. Los parámetros que todo juez debe aplicar para determinar la indemnización está determinado con relación a la afectación que tiene el cónyuge perjudicado en su aspecto emocional o psicológico. De igual forma se toma en cuenta de que uno de los cónyuges se haya quedado con la tenencia o custodia de los hijos menores, y como producto de ello se haya interpuesto pensión de alimentos, así como la relación económica existente entre ambos cónyuges.

RECOMENDACIONES

1. En nuestra legislación procesal civil reconoce el principio de socialización del proceso y más aún en los procesos de familia, para lo cual los jueces deben en lo posible evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso.
2. Es de suma importancia que en este tipo de procesos los jueces solucionen con prontitud los conflictos que surjan dentro de esta esfera de las relaciones familiares, ya que estas trascienden los intereses individuales, y por ende no se puede dejar al libre arbitrio individual.
3. Es necesario que los jueces apliquen debidamente los parámetros determinado por el III Pleno Casatorio Civil emitido por la Corte Suprema de Justicia, a efectos de que la decisión en determinar una indemnización al cónyuge perjudicado sea debidamente motivada.
4. Si bien los parámetros brindados por la Corte Suprema son de cumplimiento obligatorio por parte de los jueces, es necesario que los jueces también tomen en cuenta lo relacionado a la edad del cónyuge, su salud, su situación laboral, entre otros.
5. Es necesario la aplicación de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual y apartarse de la posición adoptada por la Corte Suprema, ya que como se ha indicado para la aplicación de dicha teoría se toma en cuenta el incumplimiento de los deberes u obligaciones del matrimonio, y por ende la indemnización es aplicable no solo por un simple daño moral como se está estipulando hacer en la actualidad por nuestros jueces.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR L. *“Segundo Curso de Derecho Civil”*, 1960, México
2. ALFARO. *La indemnización en la separación de hecho*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 201.
3. ARMAS. *Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el Derecho peruano*. En seminario de tesis de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2010.
4. BONASI, BENNUCCI, Eduardo. *La responsabilidad civil*, 1958, Barcelona.
5. BORDA, G. *Manual de Familia*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot., 2002.
6. BOSSERT & ZANNONI. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
7. CABELLO, C. *Matrimonio y Divorcio*. En: La Familia en el Derecho Peruano Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
8. CASTILLO SOLTERO. *La Penalización de la Violencia Familiar*. En: <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1538>. 2008.
9. CIFUENTES. *"El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial "* LL 1990 -B-805.
10. CORRAL. *Derecho y derecho de la familia*. Lima -Perú. Editorial Grijley, 2005.
11. DE LA HAZA DÍAZ, PILAR. *La pensión de separación y divorcio*. Madrid. La Ley, 1989.

12. DÍAZ DE GUIJARRO. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina, 1953.
13. DONATI. *Manual de sociología de la familia*. España. EUNSA.
14. FERNÁNDEZ J. "Sexo, divorcio y machismo", en: Apuntes 30, Lima, 1992.
15. FERRER RIBA, JOSEP. Relaciones familiares y límites del derecho de daños. Barcelona. Indreot.
16. FERRER, F. "La prueba del daño en el divorcio culpable", en Revista de Derecho de Daños N°. 5 "La prueba del daño-II", s/f.
17. FUEYO F. "Derecho Civil, De las Obligaciones". Santiago de Chile, 1958.
18. GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima. Editorial Gráfica Horizonte. 2001.
19. GUTIÉRREZ & GONZÁLEZ. "El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad". Puebla, 1971.
20. LEÓN, LEYSSER L. 30,000 dólares por daños morales en un divorcio. De cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimientos. Lima. Dialogo con la jurisprudencia N° 104 Gaceta Jurídica.
21. MOSSET I. "Daño de Hecho y Daño Jurídico". 1998.
22. PLÁCIDO. *Divorcio. Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio. Cuestiones sustantivas y aspectos procesales de la Ley N° 27495*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2001.
23. PLANIOL, M. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Trad. José M. Cajica, Jr., Tomo III, s/f.
24. QUIROGA, A. *Matrimonio y Divorcio en el Perú: Una Aproximación Histórica. La Familia en el Derecho Peruano Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990.
25. RAMELLA. *Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980.
26. TABOADA L. "Elementos de la Responsabilidad Civil". Lima – Perú. Editorial Grijley, 2001.

27. TOMASELLO, L. *El Daño Moral en la Personalidad Contractual*, Santiago de Chile, 1969.
28. VARSI E. *Tratado de Derecho de las Familias*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2011.
29. VARSI, E. *Las Causales de Divorcio en el Derecho Comparado*. Lima – Perú. Actualidad Jurídica, Nº 90 – Gaceta Jurídica, 2001.
30. ZANNONI, E. *"Repensando el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio"*, J.A. 1994.
31. ZANNONI, E. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
32. ZANNONI. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Argentina. Editorial Astrea. 2002.
33. ZAPATA JAÉN, MARÍA ELISA. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal de, en el Código Civil Peruano. Lima. Motivensa.